

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

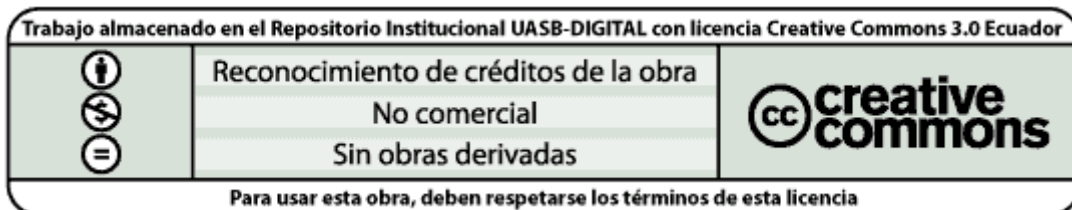
Programa de Doctorado en Derecho

**Los derechos de las mujeres:
del reconocimiento constitucional a su aplicación efectiva**

Autora: Juanita Catalina Mendoza Eskola

Tutora: Dra. Claudia Storini

Quito, 2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Juanita Catalina Mendoza Eskola, autora de la tesis intitulada “Los derechos de las mujeres: del reconocimiento constitucional a su aplicación efectiva”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctora en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: Quito, 5 de octubre de 2015

Firma:

RESUMEN

La tesis estudia los procesos de construcción de la ciudadanía de las mujeres en el constitucionalismo ecuatoriano, a partir de la aprobación de la Constitución Política del Ecuador de 1998 y la adopción de la nueva Constitución del Ecuador de 2008. A través del análisis de género de las resoluciones judiciales, el trabajo explora los principios y garantías que las juezas y los jueces ponen en práctica a la hora de aplicar la Constitución y la ley.

Examina el papel que desempeña la ideología de género en el proceso de aplicación/interpretación de la Constitución y las leyes por parte de jueces y juezas, identificando en sus discursos los mecanismos que garantizan los derechos de las mujeres y promueven la equidad de género y aquellos que, por el contrario, mantienen o reproducen la discriminación, subordinación y exclusión por razón del género.

Discute, asimismo, de qué manera el contexto social, político e institucional contribuye a la materialización de los derechos de las mujeres reconocidos en el texto constitucional, y cómo el análisis de las decisiones judiciales plantea nuevos aspectos de carácter relevante tanto para la práctica de incidencia del movimiento de mujeres, así como para el desarrollo normativo e institucional.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Andina Simón Bolívar

A su Rector, Dr. Enrique Ayala Mora, cuyo liderazgo y pensamiento académico, riguroso y crítico, tienen trascendencia nacional, latinoamericana y en otros Continentes.

A la Dra. Claudia Storini, directora de esta tesis, por el acompañamiento académico permanente y su orientación con rigor y pertinencia.

Al Dr. Santiago Andrade, Vicerrector, por su conducción académica seria y efectiva, y por confiar en mí como una de sus discípulas.

DEDICATORIA

A mi familia, de modo especial a mi hija Nicole, a mis padres, hermanas y hermano, por acompañarme con amor en el proceso de la vida y en el acercamiento comprometido con el Derecho.

A las mujeres con nombre y a las mujeres anónimas, cuyas causas y búsqueda de justicia y equidad han permitido sustentar los supuestos teóricos y empíricos de la tesis. Sus luchas históricas, sus reflexiones y conceptos han aportado en la construcción de una nueva Jurisprudencia en el mundo.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	
GÉNERO, CIUDADANÍA Y DERECHO	30
1.1. Principales aportes de la teoría feminista al estudio de la ciudadanía	30
1.2. Las críticas feministas al Derecho	51
1.3. Las posiciones feministas acerca de la utilización del Derecho para la emancipación de la mujer	57
CAPÍTULO II	
GÉNERO Y CONSTITUCIÓN	74
2.1. El análisis de la posición constitucional de las mujeres desde una perspectiva de género	74
2.3. La construcción de la ciudadanía de las mujeres en el Constitucionalismo ecuatoriano	90
CAPÍTULO III	
LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1998	109
3.1. El principio de igualdad y no discriminación	117
3.1.1. La igualdad como principio complejo: Igualdad formal e igualdad sustancial o material	119

3.1.2. La especificidad del mandato antidiscriminatorio y las acciones positivas o afirmativas	123
3.1.3. El principio de igualdad en la jurisprudencia latinoamericana	144
3.1.4. El Tribunal Constitucional del Ecuador y el principio de igualdad y no discriminación entre los sexos	153
3.2. Las acciones afirmativas y la representación política de las mujeres	170
3.2.1. Las cuotas en favor de las mujeres en el campo político	173
3.2.2. El debate en torno a la legitimidad de las cuotas femeninas	177
3.2.3. El Tribunal Constitucional del Ecuador y las cuotas electorales para mujeres ..	183
3.3. La protección constitucional de la familia	197
3.3.1. El matrimonio en el Código Civil y en las decisiones de los jueces	200
3.3.2. La unión de hecho en el debate doctrinario y jurisprudencial	227
3.3.3. La declaración de la paternidad y el rol de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador	242
3.3.4. La construcción de la paternidad y la maternidad en las resoluciones del Tribunal Constitucional del Ecuador	261
3.4. El derecho de las mujeres al trabajo en condiciones de igualdad	280
3.4.1. Ámbitos problemáticos para el ejercicio de los derechos de las mujeres trabajadoras y el papel de la jurisprudencia comparada	282
3.4.2. La Corte Suprema de Justicia del Ecuador y la aplicación de normas “neutrales” frente a las demandas de las mujeres trabajadoras	292
3.4.3. El rol de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador frente a los reclamos de género en el ámbito laboral	320
3.5. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia	349

3.5.1. La mujer a través de los Códigos Penales	349
3.5.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador frente a los delitos sexuales	357
3.5.3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador frente a la violencia doméstica	411
3.5.4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador y los asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujeres	425

CAPÍTULO IV:

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES CON LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DEL AÑO 2008	443
4.1. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia	453
4.1.1. El juzgamiento y sanción de los delitos sexuales	453
4.1.2. La problemática de la violencia contra la mujer en el ámbito intrafamiliar	477
4.1.3. El femicidio o los asesinatos de mujeres basados en su género	499
4.2. El contexto social, político e institucional que sirve de escenario para la aplicación de la nueva Constitución	516
4.2.1. El rol de la política pública: El caso de la política gubernamental respecto del trabajo de cuidado a cargo de las mujeres	517
4.2.2. La participación de las mujeres en la construcción de una sociedad democrática	523

CAPÍTULO V

A MANERA DE CONCLUSIÓN: LAS DEMANDAS DE LAS MUJERES Y LA VIGENCIA REAL DE LA CONSTITUCIÓN	528
5.1. La teoría feminista y el papel del Derecho en la reproducción o transformación de los esquemas patriarcales de discriminación	528
5.2. Los derechos de las mujeres a través de la interpretación judicial: avances y retrocesos	533
5.3. Igualdad formal e igualdad material: Los límites de las acciones afirmativas para lograr la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad	542
5.4. La lucha de las mujeres por una vida libre de violencia: el papel del Derecho Penal en la (des)protección de las víctimas de hechos violentos	548
5.5. El trabajo en condiciones de igualdad: el retorno a justificaciones de carácter neoliberal para privar a un grupo de mujeres de sus derechos laborales	557
5.6. El rol del movimiento de mujeres en el escenario post-constitucional	561
BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

La ciudadanía es uno de los temas de interés jurídico que se destaca entre los de mayor controversia teórica y problematización social. Lo ha sido históricamente en tanto categoría que atraviesa el cuerpo cognitivo del Derecho, y en cuanto trama del tejido social de donde emergen las necesidades y expectativas colectivas y hacia donde vuelven las decisiones y normativas para el ordenamiento de las relaciones sociales en sentido material y simbólico. En este marco, uno de los ámbitos clave para entender el proceso de construcción de la ciudadanía de las mujeres es la acción política del movimiento social y su capacidad para incidir en el Estado. Esto ha significado, entre otras cosas, luchar por reformas de carácter constitucional y legal que permitan desmontar las expresiones de discriminación y opresión vividas históricamente por las mujeres.

La Constitución Política del Ecuador, aprobada por la Asamblea Nacional en agosto de 1998, ofreció un marco jurídico y político importante para la ampliación de la ciudadanía de las mujeres, pues incorporó una serie de principios, garantías y derechos en esta dirección, a partir de un amplio proceso de movilización social. En este contexto, el movimiento de mujeres promovió un proceso de debate y construcción de propuestas en torno al reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, en el marco de la justicia de género, y el fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todas las esferas de la vida social.

Entre las propuestas del movimiento de mujeres presentadas a la Asamblea Nacional, se destacan aquéllas orientadas a valorar, de manera explícita, el aporte que las mujeres realizan al desarrollo del país; promover la participación de las mujeres en

la vida pública y garantizar la representación política en todos los ámbitos de toma de decisiones, teniendo en cuenta la necesidad de impulsar acciones positivas a favor de las mujeres hasta llegar a la igualdad real; el derecho a vivir sin violencia en los ámbitos privado y público; el derecho a la igualdad de oportunidades en el trabajo; el derecho a una educación no discriminatoria que promueva la equidad de género; los derechos sexuales y reproductivos; el reconocimiento de las distintas estructuras familiares y de las responsabilidades familiares compartidas; la incorporación del enfoque de género en la planificación del desarrollo y la institucionalización de las políticas públicas para superar las desigualdades entre mujeres y hombres. De esta manera, la Constitución Política de 1998 fue vista como referente para la transformación de las condiciones de vida de las mujeres.

Uno de los principales logros de la Constitución Política de 1998 fue el haber transversalizado el enfoque de género. En efecto, a lo largo del texto constitucional se descubren referencias explícitas al principio de igualdad de oportunidades y al enfoque de género¹, con el propósito de que el Estado asuma obligaciones específicas orientadas a eliminar todas las formas de discriminación que aún subsisten en contra de la mujer. Se destaca, por ejemplo, el compromiso asumido por el Estado para adoptar medidas orientadas a hacer efectivo el goce de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales, así como para formular y ejecutar medidas que posibiliten alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, incorporando el enfoque de género en planes y programas, y brindando asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

La Constitución puso énfasis en el reconocimiento del derecho a la integridad personal y la prohibición de la violencia física, psicológica, sexual y la coacción moral. El Estado se comprometió a adoptar las medidas que fueren necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia contra las mujeres, debiendo recibir atención prioritaria, preferente y especializada, en el ámbito público y privado, las víctimas de violencia doméstica y maltrato infantil.² Igualmente, la promoción de los derechos sexuales y reproductivos de las personas ocupó un lugar central, al señalarse que el fomento de la salud sexual y reproductiva de los y las habitantes, así como el respeto a los derechos laborales y reproductivos, en especial, de la madre gestante y en período de lactancia, eran obligaciones prioritarias del Estado.³

También en el ámbito del trabajo y la producción, la Constitución garantizaba la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad. El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar debía ser tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones especiales de desventaja económica. El trabajo doméstico no remunerado fue reconocido como labor productiva. El Estado debía propiciar la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado en un contexto de igualdad, favorecer el mejoramiento de las condiciones de trabajo y promover el acceso a los sistemas de seguridad social. Estaba prohibido todo tipo de discriminación laboral contra la mujer.⁴

La institución familiar estaba reconocida y protegida por la Constitución con base

¹ Constitución Política del Ecuador de 1998, artículos 3, 17 y 23.3 y 41.

² Ob. cit., artículos 23.2 y 47.

³ Ob. cit., artículos 23.25, 36 y 43.

⁴ Ob. cit., artículos 34 y 36.

en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Se propugnaba la maternidad y paternidad responsables y se garantizaba el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que podían procrear, adoptar, mantener y educar, para lo cual el Estado tenía la obligación de informar, educar y proveer los medios que contribuyeran al ejercicio de este derecho. El Estado debía proteger a las madres, a los padres y a quienes hubiesen sido jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones; promover la corresponsabilidad paterna y materna; y, vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.⁵

En cuanto a la participación, el Estado debía promover y garantizar la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos.⁶

Luego de una década de vigencia del texto constitucional, el movimiento de mujeres señaló que el Estado surgido a partir de la aprobación de la Constitución Política de 1998 –de evidente orientación neoliberal– no fue capaz de materializar las demandas de las mujeres. Por ello, en el contexto de una nueva Asamblea Constituyente la denominada “Agenda de las Mujeres” incluyó propuestas sobre el diseño institucional del nuevo Estado, el modelo de participación ciudadana, y el modelo de desarrollo. Entre los textos de la Constitución de 2008, especialmente destacados porque representan un avance para el reconocimiento de los derechos de las mujeres, están los siguientes:

⁵ Ob. cit., artículos 36, 39 y 40.

⁶ Ob. cit., artículo 102.

La Constitución de 2008 garantiza el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.⁷ Reconoce que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Entre las razones por las cuales ninguna persona podrá ser discriminada, la nueva Constitución incluye el sexo, la orientación sexual y la identidad de género.⁸ El Estado debe adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, y priorizar su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia.⁹

La Constitución reconoce y garantiza a las personas el derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual; y, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Para el efecto, el Estado se obliga a adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial, la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes.¹⁰ Las víctimas de infracciones penales deben recibir protección especial, la cual garantizará su no revictimización, amparo frente a cualquier amenaza u otras formas de intimidación, y una reparación integral.¹¹ El texto constitucional remite a la ley el establecimiento de procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción, entre otros, de los delitos de violencia intrafamiliar y sexual.¹²

La Constitución de Montecristi consagra tanto los derechos sexuales como los

⁷ Constitución del Ecuador de 2008, artículo 66.4.

⁸ Ob. cit., artículo 11.

⁹ Ob. cit., artículos 11 y 341.

¹⁰ Ob. cit., artículo 66.3.

¹¹ Ob. cit., artículo 78.

¹² Ob. cit., artículo 81.

derechos reproductivos. Por una parte, reconoce y garantiza el derecho de las personas a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual, siendo el Estado el responsable de promover el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.¹³ Y, por otra, reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.¹⁴ El Estado asume la responsabilidad de poner en marcha acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial, durante el embarazo, parto y postparto.¹⁵

Se reconoce la familia en sus diversos tipos, la cual se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y se basa en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.¹⁶ Se promueve la maternidad y paternidad responsables frente al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las hijas e hijos; se garantiza la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes; se protege a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, prestando especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa; el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.¹⁷

El texto constitucional de 2008 garantiza a los grupos de atención prioritaria (niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, madres con hijas o hijos menores de

¹³ Ob. cit., artículo 66.9.

¹⁴ Ob. cit., artículo 66.10.

¹⁵ Ob. cit., artículo 363.

¹⁶ Ob. cit., artículo 67.

edad, entre otros colectivos), asistencia humanitaria preferente y especializada.¹⁸ De la misma manera, garantiza a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia el derecho a no ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral; a la gratuidad de los servicios de salud materna; a la protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto; y, a disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.¹⁹ Además, reconoce a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia privadas de la libertad el derecho a recibir un tratamiento preferente y especializado.²⁰

También la Carta Constitucional reconoce el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a crear, desarrollar y practicar su derecho propio o consuetudinario, el cual se deberá aplicar a partir de normas y procedimientos que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, en particular, de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.²¹

Tanto la Constitución Política de 1998 como la Constitución del Ecuador de 2008, contienen disposiciones relativas a la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías determinados en la Carta Constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes.²² En este marco, los principios desempeñan una función esencial como criterios orientadores de las decisiones de las juezas y los jueces, quienes deben ponderar los intereses en conflicto atendiendo a la

¹⁷ Ob. cit., artículo 69.

¹⁸ Ob. cit., artículo 42.

¹⁹ Ob. cit., artículo 43.

²⁰ Ob. cit., artículo 51.

ideología jurídico-política cristalizada en el texto constitucional.²³ La presente investigación estudia los procesos de construcción de la ciudadanía de las mujeres, a partir de una mirada crítica de los discursos construidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en torno a los derechos de las mujeres y a las relaciones entre los géneros, desde la aprobación de la Constitución Política de 1998 hasta la adopción de la nueva Constitución, así como los aportes que realiza la nueva Corte Nacional de Justicia a partir de la vigencia de la Constitución del año 2008.

Como se ha venido señalado, la ciudadanía ha significado una relación de derechos y deberes, pertenencia a una comunidad –señalando a quienes son miembros de la colectividad y a quienes no lo son– y participación en la vida social y política. Se ha distinguido tres tipos de ciudadanía en los estados modernos:²⁴ La ciudadanía civil, que aparece en el siglo XVIII y que incluye los derechos que aseguran las libertades individuales: de pensamiento, expresión, propiedad, celebración de contratos, credo religioso, igualdad frente a la ley, entre otras; la ciudadanía política, que aparece en el siglo XIX, y comprende el derecho al sufragio para participar en el ejercicio del poder político y el derecho para desempeñar cargos públicos: se trata de derechos que excluyen a extranjeros, menores de edad y mujeres; y, la ciudadanía social, referida a procurar un adecuado nivel de vida, gozar de bienestar y seguridad, derecho a instrucción, servicios sociales y de salud, seguridad social, pensiones, etc., surgida en el siglo XX para eliminar todas las desigualdades de orden económico o social. Esta

²¹ Ob. cit., artículos 57.10 y 171.

²² Art. 18 de la Constitución Política de 1998 y Art. 11 de la Constitución del Ecuador de 2008.

²³ Luis Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos S. A., 1993, p.122.

²⁴ Tomas Humphrey Marshall, “Ciudadanía y clase social”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 79, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1997, pp. 297-344. Marshal, cuya obra fue publicada por primera vez en 1949, es considerado como uno de los grandes teóricos del concepto moderno de ciudadanía.

clasificación ha merecido varios cuestionamientos, especialmente, en cuanto a la concepción evolutiva de la ciudadanía. Pero lo que no ha ofrecido cuestionamiento es la constatación del distanciamiento entre el discurso oficial de la ciudadanía y su aplicación en la realidad social.

En efecto, desde el feminismo se ha denunciado que el principio de universalidad de derechos para todas las personas, que sostuvo el desarrollo moderno de la ciudadanía, fue construido de forma abstracta, sin considerar las especificidades de los sujetos en relación con su diferente ubicación en la sociedad. Frente a un amplio cuerpo de regulaciones constitucionales se desarrolló una práctica que exceptuó del ejercicio de tales derechos a importantes sectores poblacionales: los pobres, los indígenas, las mujeres, los menores de edad, los homosexuales, los desempleados, los inmigrantes, en definitiva, los diferentes a la norma. Se trata de una suerte de juego entre lo que incluye la norma oficial y lo que excluye la norma paralela. Este último sistema impone la norma creada al margen de la ley, contando con el apoyo de múltiples poderes que operan en la realidad social. En este contexto, debido a que son discriminadas en el acceso a la ciudadanía a través de su inclusión en lo universal, las mujeres se convierten en ciudadanas indirectas.²⁵

La ciudadanía aparece “como una construcción de múltiples niveles”.²⁶ Por ello, se afirma que el estudio de la ciudadanía de las mujeres debe ser realizado no sólo en contraste con aquella de los varones, sino en forma contextual, es decir, en relación con

²⁵ Ver los trabajos de: Laura Pautassi, “Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades: ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina”, en Gioconda Herrera, coord., *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, FLACSO, Sede Ecuador / Ágora, 2000, pp. 65-90; y, Alison Woodward, “El estado y la ciudadanía - ¿Quién constituye el estado? - ¿Qué lugar ocupa la mujer?”, en Paloma de Villota, edit., *Las mujeres y la ciudadanía en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Editora Complutense, S. A., 1998, pp. 47-60.

²⁶ Nira Davis-Yuval, *Género y Nación*, Lima, flora tristán, 2004, pp. 105-137.

la inscripción de las mujeres en diferentes grupos dominantes o subordinados de carácter local, étnico, nacional y transnacional. Así, el análisis de la relación entre “ciudadanía y nacionalidad” muestra que en los Estados contemporáneos hay minorías que no son consideradas como parte de la comunidad nacional hegemónica o que existen en los márgenes de la sociedad. De la misma manera, la relación entre “nacionalidad étnica y nacionalidad” –esta última equivalente a la ciudadanía formal de un Estado– difiere considerablemente al otorgarse prioridad a unas colectividades étnicas/nacionales e impedirse el acceso de otras al conjunto de derechos de carácter civil, político, económico y social. Asimismo, el tema de la “libertad de movimiento” en el ámbito transnacional ilustra la forma cómo se construyen fronteras ideológicas relacionadas con divisiones étnicas, raciales, de clase y de género. De esta manera, se permite la inmigración irrestricta de algunos y se imponen restricciones en el ejercicio de derechos a otros.

Por otra parte, en el análisis de la ciudadanía, en lugar de enfatizar la distinción público/privado, se propone distinguir tres esferas diferentes: el Estado, la sociedad civil y la familia. Estas esferas no son homogéneas y sus efectos pueden variar sobre diferentes etnias, clases, géneros y otros grupos en la sociedad. Las personas no están igualmente posicionadas dentro de sus familias, colectividades y Estados. Con frecuencia, sus derechos y obligaciones están mediados por su membresía a una colectividad. Factores tales como el género, la clase, la religión, el venir de la ciudad o del campo, su habilidad, su etapa en el ciclo de vida y otros, necesariamente, inciden en el ejercicio de la ciudadanía. Por lo tanto, el análisis de la ciudadanía tiene que incluir un examen de la autonomía individual con la que cuentan los ciudadanos al interior de sus familias, en las organizaciones de la sociedad civil y en las agencias estatales.

Los años noventa registran un amplio debate en torno a la ciudadanía como resultado del desarrollo del pluralismo social y político de la sociedad civil.²⁷ Surge el concepto de “ciudadanía diferenciada” a partir de la crítica respecto del uso hegemónico de la ciudadanía, que niega los derechos de las minorías –los pobres, los niños, los ancianos, los homosexuales, grupos de inmigrantes y religiosos, las minorías nacionales– sometidas a las regulaciones de la mayoría y a su pretensión de homogeneización. Se reclama una atención a “las diferencias” y una integración diferenciada de las minorías a la organización estatal, preservando su identidad individual y colectiva. De esta manera, las demandas de la ciudadanía giran en torno a la afirmación y práctica de los derechos –sociales, multiculturales, de participación, de reconocimiento, de autogobierno, entre otros–.

Se recalca que aún en los Estados de Derecho existen minorías que no disfrutan del estatus de ciudadanos plenos, es decir, sectores sociales excluidos de los beneficios de la ciudadanía. En este contexto, la expansión de la ciudadanía ha demandado una lucha constante de “las y los excluidos” del modelo hegemónico de ciudadanía por lograr el reconocimiento y ejercicio de sus derechos. Este proceso histórico, a través del cual las personas, grupos y naciones luchan por adquirir derechos y ejercerlos efectivamente, requiere la presencia de actores individuales y colectivos que abogan por sus intereses en diversos espacios sociales y políticos, que van desde la generación de

²⁷ Ver los planteamientos de: Virginia Vargas, “Procesos de formación de las ciudadanía globales en el marco de sociedades civiles globales. Pistas de análisis”, en *Los nuevos derroteros de los feminismos latinoamericanos en la década de los 90*, Lima, Ediciones Flora Tristán, p. 4, 2000; Ma. Marcia Smith y Víctor Manuel Durand, “Actores y movimientos sociales urbanos y acceso a la ciudadanía”, en *Revista Ciudades*, N° 25, México, 1995, pp. 3-5; Luis Carlos Bresser Pereira, “Ciudadanía y república. La emergencia de los derechos republicanos”, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 159, Caracas, Fundación Friedrich Ebert, 1999, p. 44-66; Pedro Pontual, “Construyendo una pedagogía democrática del poder”, en *Antología: Participación ciudadana*, México, Centro de Servicios Municipales “Heriberto Jara” – Fundación Friedrich Ebert, 1996, pp. 88-89; y, Edson Seda, *La protección integral. Un relato sobre el cumplimiento del nuevo derecho del niño y del adolescente en América Latina*, Campiñas, Edición Adés,

consensos mínimos entre los individuos de una sociedad, la conformación y funcionamiento de nuevas instituciones y la creación de normas para regir la vida pública. De este modo, la ciudadanía se acrecienta y se afirma en la sociedad en la medida en que los sujetos sociales adquieren derechos y amplían su participación en la creación del Derecho.

Por tanto, lograr el reconocimiento de los derechos de las mujeres en la Constitución significa incluirlas en el espacio de la más alta valoración social, en la norma pública más importante de una sociedad. La Constitución, al ser la norma fundamental del Estado, establece las bases y condiciones para la ordenación y funcionamiento de la organización estatal, que al incorporar los derechos de las mujeres los sitúa como esenciales en la vida del país. Las primeras Constituciones desconocen a la mujer como sujeto de derechos constitucionales. En una segunda etapa, a través de declaraciones formales, las Constituciones buscan equiparar a hombres y mujeres, eliminando las disposiciones que generan un trato discriminatorio en contra de ellas. En un tercer momento histórico, las Constituciones reconocen que no es suficiente la eliminación de la discriminación de jure para superar la discriminación de facto e incorporan varios mecanismos para pasar de la declaración formal y lograr la igualdad real.

Las mujeres, como sujetos sociales, demandan el reconocimiento constitucional de sus intereses particulares. Ejemplos de reconocimiento constitucional de las necesidades específicas de las mujeres son las disposiciones sobre violencia doméstica, derechos sexuales y reproductivos, protección de la mujer trabajadora, promoción de la participación política de la mujer, entre otros. Esta dinámica de ampliación de la

ciudadanía de las mujeres se desarrolla a partir del cuestionamiento que hacen respecto de las múltiples formas de exclusión y discriminación que todavía subsisten, las demandas de reformulación de los derechos existentes y la petición de reconocimiento de nuevos derechos. Se trata de un proceso en el que las mujeres exigen ser reconocidas como ciudadanas de hecho y no únicamente como ciudadanas formales. Está claro que el reconocimiento constitucional de la igualdad entre los sexos es sólo una parte de la construcción de la ciudadanía de las mujeres. La otra parte tiene que ver con su aplicación-interpretación efectiva.

Un tema central en los trabajos que abordan la relación entre “Mujer y Constitución”²⁸ es el análisis de los motivos que han originado la exclusión de las mujeres del ámbito público/político, las concepciones que han sostenido esta exclusión en el Estado moderno, y cómo, a pesar del reconocimiento constitucional de los derechos de las mujeres, se sigan utilizando criterios con un evidente sesgo androcéntrico. Estos estudios han estado encaminados a desvelar cómo el Estado moderno ha sido una creación atribuible a un solo género y a unos valores que se identifican con lo masculino, y a cuestionar las relaciones desiguales entre los sexos que se han perpetuado históricamente. Por esta razón, las investigaciones sobre “Constitución y Género” exigen un abordaje integral de la problemática, para el cual la metodología específicamente jurídica no es apta. Se plantea que sólo explicando las causas de la exclusión, las concepciones que mantienen la discriminación, e identificando los mecanismos de la subordinación que se perpetúan históricamente, será posible llegar a entender por qué perduran discursos jurídicos y prácticas judiciales que

²⁸ Así, Asunción Ventura Franch, *Las Mujeres y la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto de la Mujer, pp. 24-27; y, María Luisa Balaguer, *Mujer y Constitución. La Construcción Jurídica del Género*, Madrid, Ediciones Cátedra/Universitat de

obstruyen la igualdad material.

Este tipo de trabajos destaca el papel jugado por los movimientos de mujeres en el proceso de elaboración de la Constitución, reivindicando un núcleo de problemas y demandas. En estos análisis, la jurisprudencia de los máximos organismos de administración de justicia, como el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, ocupa un lugar central. Así, el estudio de la igualdad y no-discriminación por razón de sexo en la jurisprudencia de estos organismos puede mostrar cómo su doctrina también participa de una visión androcéntrica del derecho o cómo puede contribuir a ampliar la ciudadanía de las mujeres. Pero estos estudios también muestran cómo al momento de la promulgación de la Constitución y a la hora de su aplicación por parte de los jueces y juezas, estas reivindicaciones pueden verse disminuidas, resignificadas y, en algunos casos, adoptadas con una clara orientación contraria.

Se afirma que la interpretación judicial tiene por objeto actuar el contenido prescriptivo de las normas ante un determinado hecho o conflicto, imponiendo decisiones que configuran la situación jurídica o los derechos de las personas. Las juezas y jueces, por tanto, tendrían la obligación de decidir de acuerdo con normas o estándares preexistentes que nacen de unas prescripciones conocidas por las partes.²⁹ No obstante, “el proceso de búsqueda no se determina por medio del método sino gracias a la anticipación del sentido y del valor que se quiere atribuir a la norma, mientras que la elección del método no es más que la consecuencia de la dirección que se quiere dar a la búsqueda”.³⁰ Las juezas y los jueces, al decidir la solución al conflicto

Valencia/Instituto de la Mujer, 2005, pp. 17-19.

²⁹ Luis Prieto Sanchís, Ob. cit., p. 12.

³⁰ Consultar las obras y artículos de Claudia Storini: “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, Caracas, 2001, pp. 221-246; *La interpretación Constitucional y el Estado de las Autonomías*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002; “Hermenéutica y Tribunal

sometido a su conocimiento, no están exentos de reproducir prejuicios, estereotipos y modelos culturales que muchas veces convierten a sujetos sociales como las mujeres – pero también diversos grupos étnicos, los desposeídos, los niños, niñas y adolescentes, los homosexuales– en ciudadanos incompletos.³¹ En esta línea, se inscribe el interés del presente trabajo por explorar el papel que desempeña la ideología de género –es decir, la concepción que tienen juezas y jueces sobre el modelo de hombre y de mujer que debe imperar en la sociedad, así como los roles, espacios, atributos y poder que se asignan a unos y otras de manera diferenciada– en el proceso de aplicación-interpretación de las normas.

El estudio que se propone es de tipo contextual, pues la transformación de la situación de las mujeres no puede ser verificada únicamente con el examen de la reforma constitucional, sino a partir del análisis de las normas formalmente aprobadas y su vinculación con los procesos histórico-sociales que están en permanente transformación. Se trata de identificar los avances logrados en torno al reconocimiento de los derechos de las mujeres en el texto constitucional en relación con el contenido que los operadores de justicia van dando a dichas normas al momento de aplicarlas e

Constitucional”, en *Foro: Revista de Derecho*, N°7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007; “El alcance jurídico de la teoría de la interpretación como límite a la labor del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6, Caracas, Editorial Sherwood, 2002, pp. 191-212; “Legitimidad del juez constitucional y teoría de la interpretación”, en *Actas del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Arequipa, Colegio de Abogados de Arequipa y LPG, 2005, pp. 378-408; “Justicia constitucional e interpretación de la Constitución”, en *Revista Boliviana de Derecho*, N°1, 2006, pp. 15-60; “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, en *Foro. Revista de Derecho*, N° 9, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2008; “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA”, en *Civitas Europa*, N° 2, 2008; *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013 (en coautoría con Marco Navas Alvear).

³¹ Ver, por ejemplo: M^a José Varela Portela, coord., *Mujer y justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, Madrid, Cedecs Textos Abiertos, 2002; y, Rocío Villanueva Flores, “Género y justicia constitucional en América Latina”, en Fernando Flores Jiménez, coord., *Género y Derecho Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003.

interpretarlas, así como el sentido que los diversos actores sociales, políticos e institucionales dan a las normas a través de sus actitudes, prácticas y usos que proponen.

En este sentido, la presente investigación está orientada a responder las siguientes cuestiones: ¿Cómo se construye la ciudadanía de las mujeres a través de los discursos jurídicos y las prácticas judiciales en el Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1998 y luego con la aprobación de la Constitución del Ecuador de 2008? ¿A través de qué mecanismos el Derecho y la interpretación judicial convierten a las mujeres en ciudadanas incompletas? ¿Puede la interpretación judicial contribuir a desmontar los vestigios de discriminación y ampliar de este modo la ciudadanía de las mujeres? ¿Cuáles son los mecanismos constitucionales de los que disponen las mujeres para garantizar sus derechos, cuando existe amenaza o violación de los mismos? ¿Cuáles son las potencialidades y limitaciones del uso de medidas diferenciadoras –como es el caso de las medidas de acción positiva– en favor de las mujeres? ¿Qué otros actores sociales, políticos e institucionales intervienen en la materialización de las normas constitucionales?

Es importante mencionar que, a pesar de que el Derecho se muestra como una instancia unificadora en las instituciones y códigos del Estado, es posible afirmar que no existe una única versión de las relaciones entre “género y derecho”, “género y ciudadanía”, “mujer y Constitución” o “Constitución y género”. Por ello, con la finalidad de dar respuesta a las interrogantes señaladas, se han identificado los siguientes objetivos centrales que guían el desarrollo de la presente investigación:

1. Estudiar los procesos de construcción de la ciudadanía de las mujeres en el constitucionalismo ecuatoriano, a partir de la aprobación de la Constitución Política del Ecuador de 1998 y la adopción de la nueva Constitución del Ecuador

de 2008.

2. Examinar el papel que desempeña la ideología de género en el proceso de interpretación de la Constitución y las leyes por parte de jueces y juezas, identificando en sus discursos los mecanismos que garantizan los derechos de las mujeres y promueven la equidad de género y aquellos que, por el contrario, mantienen o reproducen la discriminación, subordinación y exclusión por razón del género.
3. Explorar en las resoluciones judiciales los principios y garantías que los jueces ponen en práctica a la hora de interpretar la Constitución y las leyes, y que representan un avance en la concreción de los derechos de las mujeres; y,
4. Analizar de qué manera el contexto social, político e institucional contribuye a la materialización de los derechos reconocidos en el texto constitucional.

La metodología utilizada para alcanzar estos objetivos se sustenta en la crítica que realiza el feminismo al Derecho como discurso. En el ámbito del Derecho como macro discurso, la presente investigación se centra en el estudio de los derechos y avances propuestos por las mujeres, recogidos en la Constitución Política del Ecuador de 1998 y la Constitución del Ecuador de 2008. En cuanto al derecho como micro discurso, la investigación pone énfasis en el análisis de 432 resoluciones pronunciadas tanto por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, durante el periodo comprendido entre 1998 y 2008, así como la nueva Corte Nacional de Justicia, a partir de la vigencia de la Constitución de la República del año 2008, en torno a la materialización de los derechos de las mujeres en diversos ámbitos priorizados por el contenido de género que entrañan.

Esta metodología de análisis se fundamenta en una concepción amplia del

derecho³² de acuerdo con la cual, éste estaría integrado por tres componentes íntimamente vinculados entre sí: un componente formal normativo, un componente estructural y un componente político-cultural. El componente formal normativo estaría relacionado con las normas constitucionales formalmente promulgadas; el componente estructural estaría constituido por el contenido que los operadores de la administración de justicia dan a las normas, reglas y principios al momento de seleccionarlos, aplicarlos e interpretarlos; y, finalmente, el componente político-cultural se expresaría en la observancia de la Constitución por parte de diversos actores sociales, políticos e institucionales, por ejemplo, al momento de presentar, debatir y aprobar leyes de desarrollo constitucional, o cuando se trata de construir, implementar y justificar determinadas políticas públicas, o a la hora de promover procesos sociales de exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución.

Así, en el Capítulo 1, “Género, ciudadanía y Derecho”, se abordan las críticas centrales realizadas desde el feminismo a la construcción de la ciudadanía, empezando por el cuestionamiento a la doctrina de la separación entre lo público y lo privado. A continuación, se presentan los principales cuestionamientos que desde el feminismo (o los feminismos) se han dirigido al Derecho, como sistema social y como discurso. Se muestran las diversas posiciones que asume la crítica feminista sobre la utilización del Derecho que, sin lugar a dudas, son un antecedente importante para la lucha de las mujeres por reformas constitucionales y legales y la transformación del Derecho mismo.

En el Capítulo 2, “Género y Constitución”, se realiza un recuento de las etapas que caracterizan el tratamiento constitucional de la mujer y se señala cómo las

³² Ver la propuesta de Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho” y “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.

demandas de las mujeres en torno a sus derechos han sido consideradas por las Constituciones de América Latina. Seguidamente, se describe el proceso de construcción de la ciudadanía de las mujeres en el constitucionalismo ecuatoriano y se presentan los principales logros de las mujeres en la Constitución Política de 1998.

En el Capítulo 3, “La interpretación judicial de los derechos de las mujeres a partir de la Constitución Política de 1998”, se realiza un recuento de las principales críticas desarrolladas por el feminismo en torno a los procesos de aplicación-interpretación de los derechos de las mujeres por parte de los operadores de justicia. Se señala que, no obstante las estrategias impulsadas para la aprobación de reformas encaminadas a la igualdad entre hombres y mujeres, su aplicación e interpretación por parte de jueces y juezas no necesariamente siguen el mismo curso. Seguidamente, se efectúa un análisis de las decisiones del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia respecto de diversos temas que han motivado la movilización de las mujeres ecuatorianas: el principio de igualdad y no discriminación; las acciones afirmativas y la representación política de las mujeres; la protección constitucional de la familia (o de las familias); el derecho de las mujeres al trabajo en condiciones de igualdad; y, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

En el Capítulo 4, “La interpretación judicial de los derechos de las mujeres con la vigencia de la Constitución del Ecuador del año 2008”, se examinan las principales contribuciones de la Corte Nacional de Justicia en la interpretación de los derechos de las mujeres, de manera especial, respecto del derecho a una vida libre de violencia, al tiempo que se cuestionan los impactos negativos que ha significado la aprobación del nuevo Código Orgánico Integral Penal, así como las omisiones de la política pública gubernamental en esta materia, todo ello en un contexto económico,

político e institucional adverso a los intereses de las mujeres.

En el Capítulo final, “Las demandas de las mujeres y la vigencia real de la Constitución”, a partir del estudio del derecho en sus dimensiones formal-normativa, estructural y política-cultural, se muestran los avances y retrocesos en la materialización de los derechos de las mujeres desde la aprobación de las Constituciones de 1998 y 2008. Se discute, asimismo, cómo el análisis de las decisiones judiciales plantea nuevos aspectos de carácter relevante tanto para la práctica de incidencia del movimiento de mujeres, así como para el desarrollo normativo e institucional.

Para evaluar los impactos de la Constitución Política del año 1998 y de la Constitución del Ecuador de 2008 en los procesos de exigibilidad y ejercicio de los derechos de las mujeres es necesario tener en cuenta varios aspectos. Un ámbito de análisis es el prescriptivo, es decir, constituido por el “deber ser” del derecho. Otro nivel de estudio es el descriptivo, es decir, cómo se materializa el derecho en la realidad social. En efecto, la tesis central de este trabajo es que los impactos de la Constitución en la vida de las mujeres deben ser entendidos como el resultado de la interacción de lo que dicen las disposiciones constitucionales y legales, la manera cómo son llenadas de contenido por parte de diversos actores sociales e institucionales –el movimiento social, los gobernantes, los operadores de justicia–, así como el modo en que las decisiones son recibidas por parte de los sujetos a quienes están dirigidas.

CAPÍTULO I

GÉNERO, CIUDADANÍA Y DERECHO

1.1. Principales aportes de la teoría feminista al estudio de la ciudadanía

La importancia de estudiar la ciudadanía, desde una aproximación histórica, identificando aquellos momentos decisivos para la conformación de su significación actual, ha sido señalada por diversos autores³³. Así, la ciudadanía adquiere una significación nueva en el contexto de la Ilustración. A partir de la revolución francesa el término “ciudadanía” comprende el conjunto de derechos y libertades que corresponden a los miembros de un Estado de derecho. De esta manera, ciudadanía, derechos fundamentales y Estado de derecho son categorías jurídico-políticas que, surgiendo en el mismo contexto histórico, se condicionan entre sí. La ciudadanía, a través del ejercicio de los derechos fundamentales, posibilita la participación política de los individuos en el Estado de derecho. Pero mientras la concepción de la ciudadanía en el Estado liberal-burgués fue el principal instrumento para la emancipación jurídica y política de quienes gozaron de la condición de ciudadanos, esta misma concepción generó una práctica discriminatoria y excluyente para quienes fueron privados de la titularidad y el ejercicio de tal condición: las mujeres, los indígenas, los analfabetos, los inmigrantes, los menores, los pobres.

Por ello, la teoría feminista ha cuestionado esta construcción liberal de la ciudadanía, que presume que los ciudadanos tienen iguales derechos e iguales deberes,

³³ Ver, por ejemplo: Antonio-Enrique Pérez Luño, “Ciudadanía y Definiciones”, en *Doxa Cuadernos de*

de manera que las desigualdades reales que se derivan de la pertenencia al género, a la etnia, a la clase social, o a otros contextos, no es relevante para el estatus de la ciudadanía.³⁴

El feminismo ha enfatizado que el liberalismo, al tiempo que contribuyó a la formulación de la ciudadanía universal con base en la afirmación de que todos los individuos nacen libres e iguales, también redujo la ciudadanía a un estatus meramente legal. El ámbito público de la ciudadanía fue construido de una manera universal, omitiendo el reconocimiento de las divisiones, los conflictos, las desigualdades y los antagonismos, y relegando al mundo de lo privado las particularidades y diferencias. De esta manera, la distinción público/privado y la identificación de lo privado con lo doméstico desempeñaron un importante papel en la subordinación de las mujeres.

La crítica feminista de la construcción liberal de la ciudadanía muestra que el Estado moderno y el dominio público de la ciudadanía presentaron como valores y normas universales aquellas que habían derivado de la experiencia específicamente masculina. La oposición entre la universalidad del ámbito público de la ciudadanía y la particularidad del interés privado, en el fondo, se relacionan con oposiciones entre razón y pasión, masculino y femenino, donde el lado femenino se construyó como inferior:

Ensalzar un ámbito público de virtud y ciudadanía masculina como independencia, generalidad y razón desapasionada conllevó la creación de una esfera privada de la familia entendida como lugar en que debían confinarse las emociones, sentimientos y necesidades corporales. Por consiguiente, la mayoría de lo público depende de la exclusión de las

mujeres, que son responsables de la atención de ese ámbito privado y que, además, carecen de la racionalidad e independencia desapasionada que se requiere para ser buenos ciudadanos.³⁵

A partir del siglo XVIII, la sociedad civil se construyó como una “esfera masculina”, es decir, un ámbito en el que las relaciones sociales se organizaban a través del contrato. Por el contrario, la familia –“esfera femenina” por excelencia–, fue caracterizada por ser el espacio de la intimidad y los afectos. El lado “masculino” serviría para definir los principios económicos y políticos fundamentales; de esta manera, el intercambio contractual, principio de la sociedad civil, llegó a ser hegemónico. Esta universalización creciente del modelo del contrato, según Nancy Fraser³⁶, influyó en sentido contrario sobre lo que representaba la “esfera femenina”, haciendo aparecer la familia y las relaciones privadas como “naturales”.

Por estas razones, en esta sección se aborda las principales críticas que ha realizado la teoría feminista a la doctrina de la separación entre lo público y lo privado. A partir de este marco conceptual, se exponen diversos cuestionamientos a la construcción liberal de la familia como el espacio “natural” de aprendizaje de justicia, la crítica a la ciudadanía individual y la propuesta de ciudadanía de grupos, el debate en torno a la ciudadanía y la democracia, y las críticas a la construcción de la ciudadanía social. De la misma manera, se presenta las discusiones producidas en torno a la

³⁴ Nira Davis-Yuval, Ob. cit., p. 108.

³⁵ Iris Marion Young, “Vida Política y Diferencia de Grupo: Una Crítica del Ideal de Ciudadanía Universal”, en Carme Castells, comp., *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 103.

³⁶ Fraser, Nancy, “Contrato *versus* caridad. Una consideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social”, en *Con/textos*, N°2, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú/Facultad de

ciudadanía en el nuevo escenario de la globalización, caracterizado por la aparición de nuevas dinámicas de exclusión. Finalmente, se presenta los aportes al estudio de la ciudadanía desde América Latina.

La doctrina de la separación entre lo público y lo privado fue uno de los mecanismos a través de los cuales el liberalismo excluyó a las mujeres del ejercicio de la ciudadanía universal³⁷. La teoría liberal construyó el mundo público como algo separado de la esfera doméstica privada y, al hacerlo, asoció los criterios que gobernaban la esfera pública con la noción liberal de individuo. Este individuo fue caracterizado de forma abstracta, al margen de sus relaciones familiares y de las relaciones con otros individuos. Sin embargo, estos mundos aparentemente separados de la vida privada y la vida pública estaban interrelacionados entre sí. Así, por ejemplo, a través de la legislación relativa al matrimonio y a la sexualidad, así como mediante las políticas del Estado del bienestar, el Estado suponía y mantenía el estatus subordinado de las mujeres.

En efecto, al interior de la familia es posible evidenciar una injusta distribución, entre mujeres y hombres, de poder, oportunidades y acceso a bienes y recursos. La situación del trabajo remunerado, la carencia de servicios públicos de cuidado, la dirección de la actividad política, entre otros, son el resultado de la histórica subordinación legal de las mujeres y de los supuestos inherentes a su “papel natural”. En la actualidad, la subordinación legal de las mujeres ha sido prácticamente derogada, sin embargo, las mujeres siguen teniendo una excesiva responsabilidad respecto de las

Ciencias Sociales, Programa de Estudios de Género, 1997, pp. 10-11.

³⁷ Ver el artículo de Carole Pateman, “Críticas Feministas a la Dicotomía Público/Privado”, en Carme Castells, comp., *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 33-49.

tareas domésticas, la crianza de los hijos/as y el cuidado de las personas enfermas y ancianas; su trabajo sigue siendo infravalorado, no remunerado o escasamente remunerado. El entorno familiar contribuye a que las personas interioricen el mensaje de que hay diferentes derechos y responsabilidades en función de su sexo:

[...] los diferentes tipos de familia como la distinta asignación de responsabilidades y privilegios dentro de las familias tienen un gran impacto sobre los caracteres, la concepción de sí mismos y las vidas de los ciudadanos/as. De hecho, podría decirse, además, que la estructura y la división de responsabilidades características de la familia actual condicionan bastante más las ideas de sí mismas, las oportunidades vitales y el acceso al poder político de las mujeres que las de los hombres.³⁸

La escasa representación de las mujeres en los órganos públicos de toma de decisiones es uno de los efectos más notorios de la situación de desventaja en la que se encuentran las mujeres. La comunidad política está profundamente sesgada en función del género, ya que el “estatus político” de las mujeres como ciudadanas se basa en “premisas o acuerdos de desigualdad sexual”³⁹. La democracia liberal adoptó del liberalismo un concepto abstracto de “individuo” y de “ciudadano”, cuyo sexo resulta irrelevante. Sin embargo, en la práctica, esta indiferencia ante el sexo refuerza la posición dominante de determinados grupos en la toma de decisiones. Por lo tanto, es necesario desarrollar procedimientos democráticos aceptables que permitan que las

³⁸ Susan Moller Okin, “Liberalismo Político, Justicia y Género”, en Carme Castells, comp., *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 130.

³⁹ Anne Phillips, “¿Deben las Feministas Abandonar la Democracia Liberal?”, en Carme Castells, comp., *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 82-95.

voces de todos los grupos puedan ser escuchadas y tomadas en cuenta, sin ignorar la existencia de desigualdades sistemáticas entre dichos grupos.

En este marco, la pretensión de las leyes liberales de elaborar una perspectiva general imparcial, al margen de las diferencias individuales y grupales, parece ser un mito⁴⁰. Las necesidades, culturas, historias, experiencias y percepciones de las relaciones sociales que tienen los diferentes grupos en una sociedad, necesariamente, influyen en los asuntos públicos. Aun cuando formalmente todos los ciudadanos/as tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones, en la práctica, algunos grupos –como los indígenas, las mujeres, los/as niños/as– son sistemáticamente silenciados. Por ello, se propone una “ciudadanía diferenciada en función del grupo”, lo cual requiere la implementación de “medios institucionalizados para el reconocimiento y representación explícita de los grupos oprimidos”. Esto implica que, en lugar de formular siempre derechos en términos universales, algunos grupos deben gozar de derechos especiales en razón de las circunstancias y necesidades plurales que existen, para lo cual es necesario la auto organización y la representación grupal, la difusión y discusión públicas de sus propuestas, y el derecho de veto de las políticas que les afecten directamente.

En este contexto, es preciso cuestionar aquella concepción que percibe la política como una actividad reductible a la resolución de los problemas que conciernen al Estado⁴¹. Se trata de construir una concepción contextualizada de la política que tome en cuenta las relaciones históricamente concretas. Esta concepción ve la política como

⁴⁰ Ver la propuesta de Iris Marion Young, Ob. cit., pp. 106-123.

⁴¹ Mary G. Dietz, “Cómo encarar la ciudadanía”, en *Perspectivas*, N°2, Santiago, Isis Internacional, 1996, pp. 3-7.

el compromiso colectivo y de participación de los/as ciudadanos/as en la resolución de los asuntos de su comunidad (barrio, ciudad, región, estado). De esta manera, “el poder de la democracia reside en la capacidad que tiene para transformar el interés individual de trabajadores/as, maestros/as, padres/madres niños/as, comerciantes, artistas, en un tipo especial de ente político, un/a ciudadano/a entre otros/as ciudadanos/as que trascienden hacia el compromiso colectivo y que se orientan por el respeto mutuo de los “pares cívicos”. En este contexto, se trata de articular una concepción de la política que incorpore activamente a las mujeres como ciudadanas en el mundo público y que reclame como propia “una política verdaderamente liberadora”.

No obstante, la incorporación activa de las mujeres como ciudadanas en el mundo público implica cuestionar el carácter unitario del sujeto presente en la concepción moderna de ciudadanía, es decir, requiere discutir aquella idea de que el sujeto social es un agente racional, transparente, unitario y homogéneo. Implica reconocer que la identidad del sujeto social es plural, contradictoria, contingente y precaria. Por lo tanto, se plantea la necesidad de teorizar la multiplicidad de relaciones de subordinación. Esta crítica del carácter unitario del sujeto de la concepción moderna de ciudadanía necesariamente tiene implicaciones en la teoría y práctica feministas. Solo cuando se pueda comprender la identidad del sujeto social “mujer” como plural, contradictoria, contingente y precaria, será posible teorizar la multiplicidad de relaciones de subordinación:

Si la categoría “mujer” no corresponde con ninguna esencia unitaria y unificadora, el problema ya no debe seguir siendo tratar de descubrirla. Las cuestiones centrales vienen a ser ¿cómo se construye la categorías “mujer” como tal dentro de diferentes discursos?,

¿cómo se convierte la diferencia sexual en una distinción pertinente dentro de las relaciones sociales?, y ¿cómo se construyen relaciones de subordinación a través de la distinción? [...] ya no tenemos una entidad homogénea “mujer” enfrentada con otra entidad homogénea “varón”, sino una multiplicidad de relaciones sociales en las cuales la diferencia sexual está construida siempre de muy diversos modos, y donde la lucha en contra de la subordinación tiene que ser planteada en formas específicas y diferenciales [...] ⁴²

Superar el esencialismo de la concepción moderna de ciudadanía supone volver irrelevante para su definición la diferencia sexual. Se trata de construir una nueva concepción de ciudadanía en la que sea posible visibilizar las numerosas relaciones sociales de dominación y, al mismo tiempo, articular las demandas democráticas de diversos movimientos sociales, tales como las mujeres, los jóvenes, los trabajadores, los negros, los homosexuales, los ecologistas, entre otros. En tal sentido, se apuesta por la construcción de una identidad política colectiva, que articule las demandas que plantean diversos movimientos sociales, lo cual, necesariamente, favorece la construcción de nuevas identidades. Vale la pena aclarar que la ausencia de una identidad esencial femenina no impide la construcción de diversas formas de unidad y de acción colectiva de las mujeres. Es posible, por tanto, a partir de las demandas feministas, establecer formas de identificación alrededor de la categoría “mujeres”:

La política feminista debe ser entendida no como una forma de política, diseñada para la persecución de los intereses de las mujeres *como* mujeres, sino más bien como la persecución de las metas y aspiraciones feministas dentro del contexto de una más amplia

⁴² Chantal Mouffe, “Feminismo, Ciudadanía y Política Democrática Radical”, en *Revista Foro*, N° 33,

articulación de demandas. Esas metas y aspiraciones podrían consistir en la transformación de todos los discursos, prácticas y relaciones sociales donde la categoría “mujer” está construida de manera que implica subordinación [...]”⁴³

Las críticas formuladas a la teoría y a la práctica liberal-individualista de la ciudadanía permitieron ampliar el debate en torno a la dimensión “social” de este concepto.⁴⁴ En efecto, se ha señalado que la ciudadanía no debería estar limitada a la titularidad de los derechos políticos, sino que debería extenderse al disfrute de los derechos y garantías sociales, económicos y culturales del sujeto al interior de la comunidad política. No obstante, en el contexto de un Estado Social de Derecho, incapaz de dar respuesta satisfactoria a todas las aspiraciones y necesidades de la ciudadanía, en torno a remover los obstáculos que impedían la igualdad real de los ciudadanos, el discurso de la ciudadanía sufre nuevos cuestionamientos.

Se destaca el aporte al debate que realiza Nancy Fraser⁴⁵, quien analiza la relación entre ciudadanía civil y social en el debate político de los Estados Unidos, a través de lo cual muestra la construcción histórica de la oposición entre contrato y caridad. Su tesis central es que el papel de lo que denomina “mitología cultural de la ciudadanía civil” ha consistido en bloquear el desarrollo de la ciudadanía social en este país. El desarrollo de la ciudadanía civil no representó un progreso para todos; más bien, al elevarse el status de algunos, descendió el status relativo de otros. La ciudadanía civil se configuró a partir de convenciones que contribuyeron a construir formas modernas de triple

Bogotá, Ediciones Foro Nacional por Colombia, diciembre 1997 – enero 1998, p. 17.

⁴³ Chantal Mouffe, *Ob. cit.*, p. 25.

⁴⁴ Véase: Antonio-Enrique Pérez Luño, *Ob. cit.*, pp. 188-191.

⁴⁵ Nancy Fraser, *Ob. cit.*, pp. 5-12.

dominación –masculina, blanca y de clase–:

La ciudadanía civil hizo de los derechos de propiedad el modelo para los demás derechos, estimulando a la gente a que tradujera todas sus pretensiones a derecho de propiedad [...] No sorprende, por tanto, que los excluidos de la ciudadanía civil fueran normalmente quienes carecían de propiedad, incluyendo tanto a aquellos que eran incapaces de obtener los recursos definidos como propiedad, como a quienes *eran* propiedad. Y a la inversa, ciertos derechos civiles tuvieron menor importancia para quienes carecían de propiedad. El derecho de los cabezas de familia a defenderse de los intrusos y del estado, por ejemplo, no beneficiaba normalmente a mujeres y esclavos; más bien les privaba de protección exterior frente a los abusos de sus señores.⁴⁶

La construcción de la ciudadanía civil moderna también tuvo implicaciones respecto de la “distribución del bienestar social”. El proceso de configuración de la norma del salario familiar ilustra esta afirmación. Así, la definición del derecho de los hombres blancos a ser ciudadanos cabezas de familia necesitaba como contrapartida la creación de una “dependencia única” de las mujeres respecto de sus maridos. La figura del contrato –que organizaba las relaciones en la sociedad civil– contribuyó a generar la concepción moderna de la “caridad” como alternativa al mismo. Esta oposición entre contrato y caridad tuvo como consecuencia ideológica que el donante fuera adquiriendo prestigio en un contexto de creciente estigmatización hacia el receptor. Esta dicotomía se expresa en muchos países en la diferente configuración de los programas de “seguridad social” y los de “asistencia pública”, cuyo sesgo de género es evidente. Así, la seguridad social es caracterizada como “contributiva” y sus receptores como

⁴⁶ Nancy Fraser, Ob. cit., p. 8.

“titulares”. Por el contrario, la asistencia pública es definida como “no-contributiva” y sus receptores como “beneficiarios”. En definitiva, la dicotomía contrato versus caridad reproduce una ideología que privilegia el trabajo asalariado de los hombres, al tiempo que desprestigia el trabajo no-retribuido de las mujeres.

En efecto, en torno al status de los denominados derechos sociales se ha construido una opinión negativa⁴⁷. Se afirma que no son auténticos derechos fundamentales, que no crean obligaciones concretas en los poderes públicos, que son incompatibles con los derechos civiles. Se sostiene también que son caros, que no imponen deberes claros sobre sujetos determinados, que son inviables y que no son justiciables. En contra de esta opinión se señala que el reconocimiento de los derechos sociales ha tenido efectos importantes “en la pérdida del carácter de mera mercancía de los individuos”. Este fenómeno se produce cuando las prestaciones sociales, cuya finalidad es la satisfacción de necesidades humanas, son otorgadas en términos de derechos, de modo que las personas puedan mantener un nivel de vida socialmente aceptable independientemente de su participación en el mercado. Los derechos sociales han contribuido a la consecución de la igualdad material, a través de la implementación de medidas redistributivas orientadas a corregir, eliminar o evitar los efectos desfavorables o perjudiciales que comportan las diferencias de género, de raza, de lengua, entre otras, que existen entre las personas y que condicionan sus opciones de vida.

En el actual contexto de globalización, caracterizado por nuevas

⁴⁷ Léase el artículo de María José Añón Roig, “La contribución de los derechos sociales al vínculo social”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2002, pp. 285-303.

vulnerabilidades y exclusiones, diversos autores cuestionan la insuficiencia de la concepción de ciudadanía ligada a la nacionalidad, al mérito y al vínculo del trabajo formal. En esta nueva época, la interrogante que surge tiene que ver con la capacidad que tienen las mujeres –y otros colectivos– para incidir en y modificar los nuevos escenarios sociales que se están configurando.

Son los inmigrantes el ejemplo más evidente de la exclusión que conlleva la noción de ciudadanía vinculada al “nosotros de la comunidad estatal nacional”.⁴⁸ Esta concepción presenta la identidad nacional como si fuera “natural”, abstracta y homogénea, negando la condición de sujetos de derechos a los diferentes: extranjeros, inmigrantes, las minorías, las poblaciones indígenas, etc. Por lo tanto, en reemplazo de esta concepción se propone un concepto de ciudadanía inclusiva asentada en una comunidad plural que, reconociendo las asimetrías existentes entre los miembros de la comunidad política en razón de la diversidad cultural o nacional, favorezca la negociación de todas las posiciones en el espacio público desde la particularidad de cada una de ellas. En definitiva, se trata de crear las condiciones para que todos los miembros de la comunidad política puedan participar activamente en la toma de decisiones respecto de la orientación de la comunidad política.

La tradición político liberal construyó un concepto de ciudadanía a partir de la dinámica “interno/externo”, con la finalidad de unir dentro de una organización política supuestamente homogénea a los que se consideraba “semejantes”, separándolos de los que se consideraba “diferentes”. De este modo, se creó la ficción política de que los “diferentes” se encontraban siempre situados en el “exterior” de la organización

⁴⁸ Ver, por ejemplo, Javier De Lucas, “Introducción”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social*,

política. El problema surge cuando se constata que los “diferentes” se encuentran también “dentro” de la organización política, a causa de la emigración, la presencia de diversas comunidades nacionales o étnicas dentro de un mismo Estado, o la existencia de otros grupos socialmente diferenciados, que reclaman el reconocimiento jurídico de derechos y libertades, así como la preservación de su identidad desde un punto de vista político. En el momento en que se empieza a reconocer y proteger constitucionalmente la “diferencia”, inevitablemente la ciudadanía tiende hacia una “fragmentación”.⁴⁹

En la actualidad, la diferencia elevada a valor jurídico-político, sirve para identificar a los seres humanos en sus diferentes contextos culturales y vitales de copertenencia, pero no para admitir desigualdades. Se señala que para implementar y gestionar el derecho a la diferencia se necesita una constante discusión pública de las diferencias, así como la voluntad de “dialogar” sin pretensiones de supremacía y/o dominación etnocultural. El objetivo es el reconocimiento y aceptación “recíprocos” entre los grupos diferenciados existentes, procurando alcanzar la “igualdad” entre todos. Se requiere además de medidas legislativas y administrativas que propicien la tutela y garantía de derechos diferenciados para los grupos o derechos que protejan intereses colectivos. Únicamente así, la ciudadanía puede llegar a ser integradora e igualitaria.

En esta misma línea de reflexión, se recurre a la ficción del contrato social para analizar la regulación de la extranjería como una especie de “preparación” para el contrato social:

entre ciudadanía y cosmopolitismo, Valencia, tirant lo blanch, 2002, pp. 14-21.

⁴⁹ De esta manera se describe el proceso de “fragmentación” que sufre el concepto de ciudadanía en los estados actuales. Ver: María José Fariñas Dulce, “Ciudadanía ‘universal’ versus ciudadanía ‘fragmentada’”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2002, pp. 168-177.

El contrato social se firma entre individuos libres e iguales para pactar el poder político legítimo que garantice sus derechos y libertades. Pero obviamente, el pacto entre hombres libres e iguales, requiere determinar previamente quienes son esos individuos libres e iguales; requiere establecer quién tiene capacidad para firmar el contrato social. Y es evidente que los extranjeros -como no pertenecientes a la comunidad política en cuestión- son relativamente libres y radicalmente no iguales; no entran dentro de la categoría de posibles signatarios del contrato social.⁵⁰

Se señala que detrás de las leyes de extranjería es posible identificar una concepción según la cual los extranjeros no pueden suscribir directamente el contrato social, por tanto, hay que prepararlos para ello, a través del cumplimiento de una serie de requisitos que allanen el camino hacia el reconocimiento del extranjero como individuo capaz de firmar el contrato social. De este modo, los “permisos” y su renovación sucesiva son una especie de obstáculos que los extranjeros tienen que superar para “llegar algún día a participar, aunque sea como ciudadanos de segunda, en la comunidad política, en la sociedad de acogida.” El “contrato social” que las leyes de extranjería ofrecen a determinados individuos es un contrato parcial porque durante un tiempo sólo serán sujetos de obligaciones y de muy pocos derechos; es temporal porque supone un aparente tránsito hacia la ciudadanía; y, es selectivo, porque sus destinatarios son los individuos que la sociedad de acogida necesita para que cumplan determinadas funciones, entre otras, garantizar la construcción de los nacionales como “verdaderos

⁵⁰ Mestre i Mestre, Ruth, “Vínculo social y trabajo hoy. La exclusión de las mujeres inmigrantes”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2002, pp. 463-477.

ciudadanos”.

En este contexto, surge la interrogante acerca de ¿cuál es el contrato social que se ofrece a las mujeres inmigrantes? La figura del trabajador en lo público es construida gracias a la creación de la mujer inmigrante como no-sujeto en el espacio privado. Ejemplo de esta afirmación es la institución de la reagrupación familiar. En efecto, la norma reserva a la persona que se reagrupa –la gran mayoría de las veces, mujer– la esfera privada del cuidado de los hijos, haciéndola depender legal y económicamente del reagrupante. Por lo tanto, la norma está pensada para las mujeres-cónyuges de los hombres trabajadores-migrantes.

Por otra parte, la mayoría de mujeres inmigrantes trabaja en el servicio doméstico, en medio de regulaciones que dificultan su posibilidad de regularización. Por tanto, la exigencia de un contrato de trabajo escrito para poder regularizar su situación y ser sujeto de derechos cuando el empleador no está obligado a contratar por escrito, es discriminatoria. Conservar tal exigencia significa favorecer la construcción de un mercado laboral fundamentalmente dirigido a los hombres y mantener al margen de la legalidad a las mujeres inmigrantes.

Es evidente que la globalización –caracterizada por la flexibilización del mercado de trabajo, la pérdida de derechos sociales, la precarización de la ciudadanía– está influyendo de forma desigual en la vida de las mujeres. Diversos autores han destacado los efectos perversos que las políticas económicas neoliberales para ciertos colectivos sociales, como es el caso de las mujeres.⁵¹ Efectivamente, la entrada de grandes

⁵¹ Ver la reflexión de Rosa Cobo, “Globalización y nuevas servidumbres de las mujeres”, en Celia Amorós y Ana de Miguel, eds., *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2005, pp. 279-296.

contingentes de mujeres al mercado global de trabajo en circunstancias de sobreexplotación, es una de las condiciones de posibilidad de aplicación de las políticas neoliberales.

Discursos ideológicos neoliberales han retomado la idea del mérito para justificar las nuevas desigualdades y estratificaciones sociales. ¿Qué lugar se asigna a las mujeres en este discurso? Para el discurso basado en la meritocracia, si las mujeres no acceden al mundo de la competitividad y de la eficacia, es debido a su inferioridad natural, asociada a los afectos y los cuidados. Sin embargo, la razón por la que las mujeres no acceden al mercado laboral con los mismos recursos y la misma movilidad que los varones, en igualdad de condiciones, se debe a que su acceso al mercado se ve condicionado por el trabajo gratuito que realizan. Justamente, uno de los principales efectos de los programas de ajuste estructural, y los recortes de las ayudas sociales por parte del estado, es el crecimiento del trabajo gratuito de las mujeres en el hogar, pues las responsabilidades en torno a la salud, la nutrición, entre otras, recaen en la familia y son asumidas básicamente por las mujeres.

El mercado mundial de trabajo muestra una creciente diferenciación entre una capa de trabajadores mayoritariamente varones altamente cualificados con ingresos altos y un “borde” representado por mujeres e inmigrantes con empleos no permanentes, subcontratados, bajo condiciones laborales precarias y con ingresos bajos e inestables. El recorte de las políticas sociales –esenciales para la supervivencia de grandes segmentos de población, sobre todo de los más pobres–, como resultado de la aplicación de las políticas de ajuste estructural, influye de forma desigual sobre las relaciones de género. Cada vez que el estado deja de asumir funciones relacionadas con las ayudas sociales, las mujeres sustituyen al estado en tareas relacionadas con la provisión de

cuidados. De esta forma, el estado “expande lo privado” ocultando los costos de desplazamiento de la economía remunerada a la no remunerada.

No obstante, en la era de la globalización neoliberal, los trabajos de cuidados, independientemente de que sean ejecutados por hombres o mujeres, son trabajos “feminizados”, es decir, se están llevando a cabo en condiciones crecientes de vulnerabilidad. De este modo, también los varones –aunque en menor medida, ya que persiste la segmentación vertical y horizontal– se han vuelto vulnerables, ya que su trabajo se torna discontinuo, precario, mal remunerado, con menos derechos laborales. Pero además, la economía del trabajo doméstico fuera del hogar se está convirtiendo en una “economía del trabajo remunerado de mercado dentro del hogar”, donde la industria maquiladora de exportación sería la mejor evidencia:

La nueva economía capitalista de la era de la globalización todo lo desnaturaliza y lo desarraiga; sin embargo, donde encuentra mujeres es como si todo volviera, como decía Aristóteles, a su «lugar natural.» Los nuevos flujos, desterritorializados y descodificados operan sobre la vigencia del más ancestral e implacable de los sistemas de codificación: el patriarcado como máquina de generar prestigio y desprestigio, de adjudicación sistemática de los géneros masculino y femenino, respectivamente, a las tareas socialmente prestigiadas y desprestigiadas. Para las mujeres, se acumula y se refuerza el desprestigio: trabajo doméstico en el interior del hogar y trabajo doméstico fuera del hogar (en tareas de cuidado asalariadas), economía del trabajo doméstico fuera del hogar y, por último, del trabajo extradoméstico dentro del hogar [...] ⁵²

⁵² Celia Amorós, “Globalización y nuevas servidumbres de las mujeres”, en Celia Amorós y Ana de Miguel, eds., *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2005, pp. 328-329.

La ciudadanía es un concepto en permanente construcción, cuyos contenidos se han ido ampliando y complejizando, a partir de la identificación de las exclusiones existentes y la re-construcción de nuevos derechos. Es evidente que existen significativas variaciones en las formas de construcción de la ciudadanía, dependiendo de las condiciones históricas, culturales, políticas y socioeconómicas, así como el desarrollo desigual de las dimensiones ciudadanas entre los grupos sociales. No obstante, una característica central de los procesos de construcción de la ciudadanía ha sido el acceso desigual y diferenciado por parte de los sectores excluidos a las diferentes dimensiones de la ciudadanía:

La pretendida “universalidad” de los derechos ha tornado invisibles a los sectores excluidos del inicial –y en muchas formas prevaleciente– modelo hegemónico: masculino, blanco occidental. Muchas de las concepciones ciudadanas predominantes, si bien tienden a reconocer la diversidad, no asumen la condición de desigualdad que conlleva ni las formas como esta desigualdad determina el acceso desigual y diferenciado a los derechos ciudadanos. Tal desigualdad ha sido intrínseca al desarrollo de las ciudadanía modernas, su surgimiento se dio en condiciones de profunda inequidad, al tratar a los diferentes como desiguales [...] ⁵³

La ampliación de la ciudadanía generalmente ha correspondido a un doble impulso: la presión de diferentes grupos excluidos que han demandado el

⁵³ Virginia Vargas Valente, “Ciudadanía globales y sociedades civiles. Pistas para el análisis”, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 163, Caracas, Fundación Friedrich Ebert, 1990, 1990, p. 126.

reconocimiento y ampliación de sus derechos; y, las respuestas modernizantes de los gobiernos y los Estados. Frecuentemente los derechos otorgados “desde arriba” han implicado una continuidad y han sido utilizados como mecanismos de neutralización social. Por el contrario, la conquista de derechos “desde abajo” ha significado una extensión real y una expansión simbólica tanto de los contenidos como del ejercicio de tales derechos. Por ello, desde el punto de vista de la lucha de los sectores excluidos por su inclusión, la ciudadanía implica un proceso transformador, de crítica, re-construcción y ampliación de los derechos.

En este sentido, el pensamiento feminista ha realizado una contribución fundamental a las teorías sobre la ciudadanía. Las críticas feministas han mostrado las tensiones teóricas del concepto, destacando los sesgos sexistas en el análisis de los procesos histórico-sociales de adquisición y difusión de los derechos.⁵⁴ En efecto, la exclusión de las mujeres aparece en el origen mismo de la noción de ciudadanía, ya que inicialmente fueron definidas como esposas y madres de los ciudadanos responsables de la unidad familiar. El posterior reconocimiento de las mujeres como ciudadanas no necesariamente significó una redefinición de la división sexual del trabajo al interior de la familia. Al ser definido el ámbito público a partir de los atributos y características masculinas, y continuar el peso de las responsabilidades familiares en manos de las mujeres, el resultado ha sido la persistente dificultad de las mujeres para participación en igualdad de condiciones en el ámbito del empleo. Por otra parte, los beneficios de la ciudadanía social han incidido de forma diferenciada en hombres y mujeres, debido a que las políticas de bienestar se han centrado en aquellas personas que participan en el

⁵⁴ Ver el análisis de Rosario, Aguirre, *Género, ciudadanía social y trabajo*, Montevideo, Universidad de La República, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología, 2003, pp. 11-20.

mercado, reproduciendo las relaciones de subordinación en la esfera familiar:

El feminismo ha acentuado el papel de la familia en el ejercicio de los derechos de ciudadanía. En América Latina, en el ámbito de las políticas sociales y familiares, las prestaciones y los servicios de cuidados no se han configurado como derechos sociales. Por ello, el acceso de las mujeres trabajadoras a servicios de cuidado se produce en un contexto marcado por las desigualdades, no sólo entre hombres y mujeres, sino también al interior de la categoría “mujeres”. Muestra de esta afirmación es la diferencia en el goce de derechos entre las mujeres trabajadoras, ya que existe un sector de mujeres que puede recurrir al trabajo doméstico de otro grupo de mujeres que se encuentra en condiciones más desfavorables. No obstante, la esfera familiar y sus funciones siguen estando invisibles para gran parte de los análisis en torno a las políticas sociales. Por esta razón, el feminismo reclama la inclusión del análisis de la esfera familiar como proveedora de bienestar en los desarrollos teóricos realizados en América Latina sobre el Estado de Bienestar.

Para el análisis feminista, el Estado de Bienestar no constituye únicamente un conjunto de servicios y prestaciones, sino que además comprende un grupo de ideas con respecto a la sociedad, la familia, las mujeres y otros colectivos.⁵⁵ El tratamiento de las mujeres en el Estado de Bienestar está caracterizado por la ambigüedad. Por un lado, las mujeres aparecen como sus principales beneficiarias, al haberseles facilitado las tareas de cuidado y atención de niños/as y enfermos/as, es decir, los servicios sociales fueron beneficiosos para el logro de una mayor emancipación de las mujeres. Al mismo

⁵⁵ Laura Pautasi, “Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades: ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina”, en Gioconda Herrera, coord., *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, FLACSO, Sede Ecuador, 2000, pp. 72-79.

tiempo, las prestaciones están condicionadas a la verificación de ciertas características del grupo familiar, el estilo de vida y el nivel de pobreza. En este caso, se provee de asistencia a las mujeres mediante la imposición de estereotipos de conducta, reforzando su dependencia.

Por otra parte, la generalización del Estado de Bienestar favoreció la recreación de la división entre lo masculino-político y lo femenino-social, y la división horizontal de los roles en la mayoría de las esferas de poder social. Un ejemplo de ello en América Latina fueron los sistemas de seguridad social. Debido a que los principales seguros sociales (previsión, obras sociales, asignaciones familiares) cubrían a los trabajadores (principalmente hombres), se produjo una diferenciación de hecho y de derecho al interior de la categoría “mujeres”. Por un parte, se otorgaban las mejores coberturas a las mujeres casadas con maridos protegidos por seguros sociales o por mejores ingresos. Mientras que las mujeres solteras o en unión de hecho, y en tanto no hubiesen ingresado al mercado de trabajo, no tenían derecho a las prestaciones de la seguridad social.

De esta manera, el feminismo ha contribuido significativamente a la “rediscusión” de la ciudadanía, cuestionando su uso hegemónico, ya que atenta contra el genuino concepto de igualdad, al excluir del ejercicio de los derechos a determinados colectivos. En este contexto, se ha desarrollado el concepto de “ciudadanía diferenciada”, a través del cual se propone visibilizar las particularidades de diversos grupos, como las mujeres, los pobres, los ancianos, los niños/as, las personas con discapacidad, los homosexuales, los inmigrantes, las minorías nacionales. Esto implica –dependiendo del caso– el reconocimiento de derechos especiales de protección, de participación, de representación, de autogobierno, derechos multiculturales, derechos reproductivos, entre otros. Para ello se requiere considerar los problemas derivados de

las diferentes oportunidades que las personas tienen para integrarse como miembros plenos de la sociedad. Se trata de tener en cuenta las situaciones de dependencia, subordinación e injusticia producto del modo en que está organizada la sociedad.

Se plantea así la el debate en torno al uso del derecho para favorecer la inclusión de las demandas de las mujeres. El conjunto de temas y problemas planteados por el pensamiento feminista sobre el derecho y los derechos podría ser formulado con la siguiente cuestión: ¿el contrato constitutivo que se invoca como legitimación del orden moderno puede ser extendido a nuevos contratantes, o bien el irrumpir en escena de estos participantes impone pensar en un contrato radicalmente diverso?⁵⁶

En la siguiente sección presento las principales críticas que desde el feminismo se han dirigido al derecho, como sistema social y como discurso. Muestro también cómo las diversas posiciones que asume la crítica feminista en torno al derecho inciden en el diseño de las estrategias de las mujeres para transformar las legislaciones. Al final, incluyo la contribución realizada, desde América Latina, orientada a la construcción de una metodología para el análisis y transformación del derecho, de modo que incluya las demandas de las mujeres.

1.2. Las críticas feministas al Derecho

La concepción feminista del derecho plantea que el derecho constituye una de las principales manifestación de poder dentro de la sociedad, y que dicho poder no sólo se observa en los parlamentos y en las leyes, en los tribunales y en los juicios, sino también en otras instancias que conforman el sistema jurídico. El análisis feminista del

⁵⁶ Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Madrid,

derecho cuestiona los principios básicos del sistema jurídico y los presupuestos de la teoría jurídica, entre otros aspectos, a partir de lo cual se propone evaluar críticamente la legislación y las instituciones que conforman el sistema jurídico, así como presentar alternativas al ordenamiento existente. La concepción feminista del derecho cuestiona además los atributos del sujeto de derecho, la naturaleza de los derechos, la relación entre el derecho y la justicia, así como el significado mismo del derecho y de la justicia:

[...] Es en el momento en que se alcanza plenamente (o casi) la emancipación, con el acceso a los derechos y la extensión y la multiplicación de los derechos mismos a todos/as, con la cancelación de normas discriminatorias y la promulgación de normas dirigidas a promover no sólo la paridad formal sino también la sustancial, cuando la pregunta radical acerca de la naturaleza misma del derecho y derechos modernos, su lógica de funcionamiento, su utilidad para disminuir las injusticias y legitimar pretensiones nuevas adquiere mayor intensidad.⁵⁷

El debate feminista en torno al uso del derecho está íntimamente relacionado con las visiones que se tengan del derecho y de los derechos, así como con lo que cada una de estas perspectivas considera necesario y útil para garantizar la inclusión de las demandas de las “mujeres” (o de algunas mujeres: las trabajadoras, las madres, las víctimas de delitos, entre otras). De esta manera, la cuestión acerca de la utilidad del derecho o de las estrategias para transformarlo en el sentido indicado asume diversas modalidades. Veamos, a continuación, las principales críticas en torno al derecho

Editorial Trotta, 2003, p. 22.

⁵⁷ Tamar Pitch, *ibídem*.

desarrolladas desde el feminismo.

En primer lugar, se ha señalado que el derecho representa la vertiente discursiva y procedimental de las relaciones de poder presentes en una sociedad, desempeñando un papel decisivo en la perpetuación de los esquemas patriarcales de dominación.⁵⁸ Por ello, la jurisprudencia feminista se ha propuesto “desenmascarar” la ideología y la estructura patriarcal que se esconden detrás de la teoría jurídica. La jurisprudencia feminista rechaza la idea de una teoría jurídica neutral, objetiva e indiferente ante los fenómenos sociales, por el contrario, la jurisprudencia feminista pone en evidencia aquellas creencias e ideologías que consolidan el *status quo* y que restringen la libertad de determinados grupos sociales. Aquí el concepto de “patriarcado” se usa para hacer referencia al dominio masculino generalizado en la civilización occidental, a través de la adjudicación del poder en los ámbitos económico, político y familiar, con base en la distinción entre la esfera pública y la privada. Consecuencia de ello es la sistemática resistencia del ordenamiento jurídico a intervenir en el ámbito privado en aras de la “intimidad familiar”, y la tendencia a invisibilizar los intereses de las mujeres en la esfera privada, contribuyendo de esta manera a consolidar la hegemonía masculina.

Pero junto a la dimensión crítica de la jurisprudencia feminista, se destaca también su dimensión constructiva orientada a “alterar” el derecho, de manera que éste recoja los intereses de las mujeres en un entorno post-patriarcal. El dilema está en determinar si, para erradicar la discriminación es suficiente con cambiar el contenido de las normas que regulan una situación determinada o si, por el contrario, se deben transformar los procedimientos que la cultura jurídica tiene como garantes de la

⁵⁸ Ver el trabajo de Mercedes Carreras, *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, Alcalá de Henares,

objetividad, imparcialidad y neutralidad en la resolución de los conflictos jurídicos. De ahí que la jurisprudencia feminista se plantea el reto de cambiar cualitativamente el sistema jurídico, al propugnar que la voz de las mujeres sea tomada en cuenta en la elaboración de las normas, la justificación de las instituciones jurídicas, y el enfoque de la práctica jurídica.

La pretensión de la jurisprudencia feminista de ingresar en el mundo de la teoría del derecho ha sido criticada por considerar que implica una aceptación tácita de la legitimidad del derecho como “sistema esencialmente masculino”.⁵⁹ No obstante, este enfoque que enfatiza el “carácter masculino” del derecho ha recibido fuertes cuestionamientos.⁶⁰ Dicho punto de vista parte de la creencia errónea de que “los varones” y “las mujeres” constituyen categorías homogéneas. Este enfoque presenta además a la clase social, la edad, la etnia, la religión, entre otras, como categorías secundarias. Por tanto, una respuesta apropiada requiere abandonar la idea de que existe “la mujer genérica”, y reconocer que coexisten diversas experiencias femeninas que no pueden tratarse en términos idénticos. Es necesario renunciar a aquellas ideas que perpetúan la noción del derecho como una unidad, y más bien intentar explicar sus contradicciones internas.

En segundo lugar, frente a los enfoques que conciben al derecho como “pura norma”, el feminismo enfatiza su carácter de “práctica discursiva social y específica”, que produce sentidos propios y diferentes de los generados por otros discursos

Excmo. Ayuntamiento de Alcalá de Henares/Centro Asesor de la Mujer, 1995, pp. 16-86.

⁵⁹ Ver la crítica que se realiza a los planteamientos de la jurisprudencia feminista por parte de Ma. Leonor Suárez Llanos, *Teoría Feminista, Política y Derecho*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 166-167.

⁶⁰ Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, pp. 37-38.

sociales, y que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto que operan en un contexto histórico-social determinado.⁶¹ Siendo un discurso social, a través de consagrar alguna acción u omisión como permitida o prohibida, lo que hace el derecho es otorgar sentido a las conductas de los seres humanos, convertirlos en sujetos y asignarles poder, de forma diferenciada. En esta línea, se propone ver al derecho como un “discurso público sobre el cuerpo de las mujeres”.⁶² Se sugiere centrar la atención en cómo el derecho construye la relación entre “sujetos” y “cuerpos”, cuál es el sujeto que aparece como modelo, y qué capacidades y poderes le son atribuidos. De acuerdo con este planteamiento, el derecho únicamente norma el cuerpo femenino. Las mujeres son presentadas como “el otro” del sujeto que sirve de modelo. El cuerpo masculino adulto y sano no está normado porque es el estándar de referencia.

No obstante, es necesario reconocer que sería equivocado atribuir a las leyes la construcción de una imagen única y coherente de las mujeres, de los varones y de las relaciones entre los sexos, ya que el sentido de las normas cambia con el tiempo y según los contextos. De lo que se trata es de identificar las diversas, inconsistentes y contrapuestas imágenes de “lo femenino” y de “lo masculino” que pueden ser extraídas de las leyes, la jurisprudencia, así como de las campañas y los debates sobre las mismas. Si bien las ideologías patriarcales que moldean el derecho construyen las diferencias entre hombres y mujeres de manera que la supuesta inferioridad de las mujeres es entendida y justificada como “natural”, estas ideologías varían en el grado en que

⁶¹ Alicia Ruiz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, pp. 20-21.

⁶² Tamar Pitch, Ob. cit., pp. 19-251.

legitiman la desventaja femenina.⁶³ Así, el derecho ha regulado la “incapacidad relativa de la mujer” equiparándola a los menores adultos; ha reproducido las relaciones de poder sobre las mujeres al justificar el deber de obediencia de la mujer a su marido; ha limitado el derecho de las mujeres a la integridad de los cuerpos al no castigar la violencia doméstica; ha caracterizado al embarazo, el parto y la maternidad como “situaciones particulares” y les ha otorgado históricamente derechos de menor valor.

El derecho refuerza la rígida distinción público/privado y, al hacerlo, favorece la construcción estereotipada de una determinada “figura” de mujer. La crítica feminista a la distinción público/privado ha permitido demostrar la desigualdad derivada de la asignación de lo público a los hombres y lo privado a las mujeres, y remarcar que el hecho de ubicar a las mujeres en lo privado, ha permitido sustraerlas de lo público, en el sentido de la protección legal a sus derechos.⁶⁴ En efecto, el sistema normativo refuerza y reproduce roles y establece lugares para el quehacer de hombres y mujeres, asigna valores distintos a unos y otros, y, de esta manera, configura las identidades femenina y masculina. En este marco, la mujer es definida desde el único lugar legitimado por la norma: el privado. Esta asignación ideológica que hace el sistema jurídico de la mujer al espacio privado limita, al mismo tiempo, la constitución de la identidad femenina en el espacio público.⁶⁵

El derecho refuerza conceptos que contribuyen a consolidar un imaginario colectivo resistente a las transformaciones. El derecho opera “naturalizando ciertos

⁶³ Alda Facio y Lorena Frías, “Feminismo, Género y Patriarcado”, en: Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, pp. 21-22.

⁶⁴ Verónica Matus, “Lo privado y lo público, una dicotomía fatal”, en Alda Facio y Lorena Frías., edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, p. 61.

⁶⁵ Lorena Frías y Verónica Matus, “Supuestos ideológicos, mecanismos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La

vínculos y relaciones”, a través del mecanismo de la legitimación selectiva de algunos de ellos, sin plantear opciones para actuar y decidir.⁶⁶ El discurso jurídico es un discurso complejo que se construye en medio de procesos históricos, culturales, políticos y sociales en los que participan actores diversos, cada uno de los cuales compite por hacer escuchar su voz, por hacer prevalecer sus propios significados, por obtener lugares de visibilidad y por salvaguardar los espacios ganados. En medio de esta trama, la instalación de la mujer como sujeto de derecho se realiza a través de las múltiples formas en que el derecho dirige a ellas. Los conceptos que el derecho hace suyos se integran con prescripciones normativas, creencias sociales, teorías jurídicas, interpretaciones judiciales, concepciones ideológicas y conocimientos científicos, propios de una época y de una sociedad dadas.

No obstante lo dicho, desde diversas posiciones feministas se afirma que es posible hacer del derecho un instrumento transformador de los actuales modelos sexuales de dominación. Se sostiene que el derecho debe proponer nuevas maneras de construir los géneros que no estén basadas en la discriminación y, de esta forma, contribuir al desmantelamiento de los mecanismos de la dominación. A continuación, se esbozan las principales posturas que asume la crítica feminista en torno al potencial transformador del derecho.

1.3. Las posiciones feministas acerca de la utilización del Derecho para la emancipación de la mujer

Si el derecho –como se afirma desde diversos frentes– ha desempeñado un rol

Morada, 1999, p.161.

⁶⁶ Alicia Ruiz, “De las mujeres y el derecho”, en Alicia Ruiz, comp., *Identidad femenina y discurso*

crucial en el mantenimiento y reproducción de un sistema que coloca a las mujeres en una situación de inferioridad, ¿cómo al mismo tiempo podría ser empleado para el mejoramiento de la posición social y las condiciones de vida de las mujeres? En la concepción feminista del derecho es posible identificar diversas estrategias empleadas para alterar el “dominio masculino” y mejorar la posición de las mujeres.

Una de las principales estrategias impulsadas por el movimiento a favor de los derechos de la mujer⁶⁷, ha sido denunciar las diversas formas en que las leyes niegan derechos o lesionan los intereses de las mujeres. Para combatir esta situación, se plantea una serie de reformas legales que abarcan, desde la pretensión de que el sexo resulte indiferente como criterio para la formulación y aplicación de la ley, hasta la idea de que el derecho debe tomar en cuenta la situación de subordinación de las mujeres e incorporar normas diseñadas para rectificar y superar la desigualdad.

Las primeras feministas que se adscribieron a este enfoque denunciaron los casos de denegación de la igualdad formal; plantearon que el derecho debía tratar de forma idéntica a hombres y mujeres; y, sostuvieron que las leyes debían prohibir la discriminación en contra de las mujeres. Su estrategia estuvo orientada, fundamentalmente, a nivel jurisdiccional, a través de la declaratoria de inconstitucionalidad de varias leyes que establecían preferencias por los hombres sobre las mujeres. Otro grupo de feministas denunció los casos de denegación de la igualdad sustancial y argumentó que, para alcanzar una igualdad sustancial, el derecho debía considerar las diferencias fácticas que existen entre hombres y mujeres. Aquí se produce

jurídico, Buenos Aires, Biblos, 2000, p. 14.

⁶⁷ Ver el estudio de Frances Olsen, “El sexo del derecho”, en Alicia Ruiz, comp., *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 34-35.

un amplio debate entre aquellas posiciones que buscan un “tratamiento igualitario” y aquéllas que demandan un “tratamiento especial”.

También las feministas denunciaron la utilización de modelos “asimilacionistas” en la interpretación de la ley, es decir, aquéllos que evalúan la igualdad comparando la situación de las mujeres con la de los hombres. Cuestionaron el criterio de acuerdo con el cual, para fundar una demanda por discriminación, una mujer esté obligada a demostrar que es tratada peor de lo que se hubiera tratado a un hombre. Finalmente, las feministas denunciaron la exclusión de la esfera doméstica de los alcances del derecho, señalando que esta situación ha contribuido a consolidar la subordinación de las mujeres, y a reforzar la idea de que las mujeres “no son dignas” de regulación legal.

Este primer núcleo de argumentación de la concepción feminista del derecho puede ser ubicado en el feminismo liberal de la igualdad, el cual está vinculado a los *Women's Studies* que se imparten en las facultades de derecho de los países nórdicos y en los Estados Unidos a través de cursos específicos acerca de la posición de la mujer en el derecho.⁶⁸ Una de sus más influyentes exponentes, Tove Stang Dahl, considera que el “derecho es masculino”, lo cual significa que en la mayoría de áreas del derecho son las necesidades y conflictos de los hombres los que han sido codificados.⁶⁹ El modo especial de ver la realidad social del grupo dirigente es aceptado por la ley y difundido como normal y como una parte del orden natural de las cosas. De esta forma, la ley contribuye a mantener la posición del grupo dirigente. Aunque los remanentes de la discriminación sexual formal prácticamente han sido erradicados de la ley, sin embargo,

⁶⁸ Ma. Leonor Suárez Llanos, Ob. cit., p. 169.

⁶⁹ Tove Stang Dahl, *Derecho de la Mujer. Una introducción a la Jurisprudencia Feminista*, Madrid, Vindicación Feminista Publicaciones, 1987, pp. 23-106.

esto no ha evitado la existencia de prácticas de discriminación. Las normas de igualdad de trato, en sí mismas, no se han materializado en resultados justos, por lo que la meta por la igualdad exige un tratamiento desigual para promover la igualdad de oportunidades de los grupos menos favorecidos:

En la medida en que vivimos en una sociedad donde hombres y mujeres tienen trayectorias diferentes en la vida, diferentes condiciones de vida, con distintas necesidades y oportunidades, las normas legales, necesariamente afectan de forma diferente a hombres y mujeres. Y el silencio acentúa la desigualdad y la injusticia, independientemente de las intenciones de los legisladores. Es esa compleja interrelación entre ley y vida la que se busca encauzar y entender con el objetivo especial de contribuir al trabajo para una real igualdad y liberación.

70

Pero si bien el derecho ha contribuido en gran medida al mantenimiento de la hegemonía masculina en la sociedad, también puede proporcionar las bases para la transformación de las relaciones entre los sexos. Esto supone no sólo partir de una crítica a la ley para identificar la discriminación y la injusticia que afectan a la mujer, sino también construir normas acordes con las experiencias y los intereses de la mujer. Así, los conceptos de “justicia” y “libertad” –como conceptos políticos que encierran los valores de igualdad, dignidad, integridad, autodeterminación y autorealización– pueden ser utilizados para evidenciar que la libertad de ciertos individuos y grupos se

⁷⁰ Tove Stang Dahl, Ob. cit., p. 22.

obtiene a costa de la libertad de otros, por lo que se debe prestar atención a los obstáculos que limitan la participación social de la mujer; considerar la noción de integridad como consecuencia de las demandas de protección contra las agresiones a las que está expuesta la mujer; señalar que las trayectorias de la vida de la mujer han estado con frecuencia rodeadas de responsabilidades para con los demás, limitando de este modo su derecho a la autodeterminación; y, exponer cómo, muchas veces, las necesidades de los otros han impuesto límites a la autorrealización de la mujer.

Han sido varios los cuestionamientos que ha recibido el conjunto de propuestas que son parte de esta corriente.⁷¹ Se señala que las acusaciones de androcentrismo que se formulan al derecho omiten el análisis de las múltiples exclusiones de carácter racista, homofóbico u otras que genera el derecho, así como de las injusticias que produce entre hombres o entre mujeres. En definitiva, se critica la excesiva confianza que las representantes de esta corriente depositan en el acceso de algunas mujeres al ámbito público, el papel de los organismos jurisdiccionales en la interpretación de las leyes y el proceso mismo de promulgación de las leyes, como formas de solución a los problemas que afectan a las mujeres. Finalmente, se invita a discutir los sesgos de los principios básicos del derecho, de las instituciones jurídicas y de las respuestas que el derecho prioriza frente a los problemas sociales.

Una segunda categoría de críticas feministas, considera que las demandas de “igualdad de derechos” e “igualdad de oportunidades” son una forma de otorgar aprobación tácita, tanto a la ideología como a la estructura del derecho, al cual

⁷¹ En esta línea se encuentra Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en Alda Facio y Lorena Fríes, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, pp. 207-212.

caracterizan como una institución opresiva hacia las mujeres.⁷² Este núcleo de argumentación feminista reivindica la noción de diferencia, es decir, la “distinta voz, perspectiva y moral de las mujeres”, dando lugar a la *Feminist Jurisprudence*.⁷³ La *Feminist Jurisprudence* plantea que los derechos individuales –garantes de la imparcialidad y la neutralidad– serían la expresión de la voz masculina y normalizadora de la razón. El cuestionamiento de la *Feminist Jurisprudence* se extiende al “método legal”. La fuente de crítica se centra en la falsa neutralidad del procedimiento de interpretación y aplicación normativa por parte de los órganos jurisdiccionales. De acuerdo con la *Feminist Jurisprudence* la actividad judicial vendría a expresar “el triunfo” de la concepción masculina del derecho. Se sostiene que problema central de tal concepción deja que cada uno de los problemas vinculados a la situación de las mujeres se trate conforme a un criterio de interpretación de la ley, cuando esa ley ha sido definida por el varón.

Robin West se convertirá en una de las más reconocidas representantes de esta tendencia. De acuerdo con Robin West⁷⁴, las mujeres serían portadoras de unos valores distintivos que se derivan de su potencial maternal de conexión física, al tiempo que existirían unos peligros que acompañan esa específica capacidad de conexión de las mujeres. En este marco, la teoría moderna del derecho sería esencialmente “masculina” debido a que los valores y peligros que caracterizarían las vidas de las mujeres no han sido tomados en cuenta ni por el derecho ni por la doctrina legal. La teoría del derecho habría sido incapaz de tomar en cuenta esos valores distintivos que poseen las mujeres,

⁷² Identificada por Frances Olsen, Ob. cit., pp. 37-38.

⁷³ Ma. Leonor Suárez Llanos, Ob. cit., pp. 170-178.

⁷⁴ Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes/Instituto Pensar, 2000, pp.155-159.

los peligros distintivos que inciden sobre ellas, y las consecuencias distintivas que caracterizan sus vidas. En este contexto, se plantea la elaboración de una doctrina legal que “tome en serio” las vidas de las mujeres. La teoría feminista del derecho, así concebida, articularía dos proyectos: La denuncia de la pretendida neutralidad del derecho en cuanto al género, y la reconstrucción del derecho para que esté en condiciones de recoger “el distintivo estado existencial” de las mujeres:

[...] una cantidad considerable de reformas legales feministas, principalmente en las áreas de violación, acoso sexual, libertad de reproducción, y derechos del embarazo en el lugar de trabajo [...] frecuentemente han sido conseguidas por medio de la caracterización de los perjuicios a las mujeres como análogos, sino idénticos, a los perjuicios sufridos por los hombres (el acoso sexual como una forma de “discriminación”; la violación como un crimen de “violencia”); o por medio de la caracterización del anhelo de las mujeres como análogo, sino idéntico, a los valores oficiales de los hombres (la libertad de reproducción - que debe fundamentarse en el derecho a la individuación- es concebido en cambio como un “derecho a la autonomía”). Esta conceptualización errónea pudo haber sido en otros tiempos un precio necesario a pagar, pero es un precio alto y, al acumularse estas victorias, un precio cada vez más innecesario.⁷⁵

Se asegura que el intento de explicar las reformas feministas a través del uso de analogías forzadas, ha dado como resultado una doctrina legal inconsistente. Por el contrario, se plantea que la teoría feminista del derecho debería diseñar las reformas necesarias para la seguridad y el mejoramiento de las vidas de las mujeres, a través de

⁷⁵ Robin West, Ob. cit., p.159.

un lenguaje que refleje su propia experiencia. Sin embargo, esta postura ha sido objeto de fuertes cuestionamientos, al intentar descubrir en “la específica capacidad de conexión de las mujeres” una supuesta esencia femenina. En efecto, las experiencias de las mujeres se verifican en circunstancias históricas y sociales específicas. Por esta razón, tampoco los esfuerzos de las feministas en torno a reformas legales podrían caracterizar los “perjuicios que acompañan las vidas de las mujeres”, como si fueran los mismos siempre y en todo lugar. El proyecto de la jurisprudencia feminista habría caído en una trampa⁷⁶ al intentar reemplazar una jerarquía de verdad –la concepción masculina del derecho– por otra –una teoría femenina del derecho igualmente totalizadora–.

Un tercer grupo de estrategias feministas estaría orientado a hacer las experiencias de las mujeres “visibles” al derecho. En esta estrategia coexiste tanto la concepción de que el derecho es “patriarcal” como la idea de que puede ser utilizado para dar nombre a los daños que experimentan las mujeres, como grupo subordinado, y que hasta ahora han sido vividos como algo privado, invisible o irrelevante. De esta manera, el derecho puede emplearse como estrategia de legitimación de nuevas pretensiones y de nuevos principios desde el punto de vista de las mujeres. Éste sería el camino seguido por los grupos y movimientos de mujeres al dar una nueva denominación, procurar un nuevo alcance u otorgar un significado por primera vez a determinadas vivencias, transformándolas de algo que se experimenta individualmente en algo que se denuncia públicamente por tener una causa social.⁷⁷ Catherine McKinnon sería una de las mejores

⁷⁶ En palabras de Beatriz Kohen, “El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, p. 93.

⁷⁷ Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Madrid,

exponentes de esta estrategia.

Para MacKinnon⁷⁸, quienes detentan el poder social –los hombres– diseñan las normas y las instituciones para mantener el *statu quo*, presentando las cualidades que se valoran desde el punto de vista masculino, como los patrones de la relación adecuada entre la vida y la ley. Por ello, se requiere desarrollar un método de creación de conciencia por parte de quienes carecen de poder social –las mujeres–. Las mujeres conocen la desigualdad porque la han vivido, de modo que saben cuáles serían los beneficios de acabar con las barreras que impiden el logro de la igualdad. El método feminista implica “dar voz” a las mujeres para que puedan describir su condición, como colectivo, revelar los fundamentos de un sistema que mantiene a la mujer en condiciones de inferioridad, y contribuir a la transformación de la situación de dominación/sumisión impuesta. Este método, que demanda adoptar “el punto de vista de la desigualdad de las mujeres en relación con los hombres”, implica aprehender la realidad de las mujeres desde dentro y desarrollar estrategias para hacer frente a las distintas manifestaciones del poder masculino. Como consecuencia, una vez que se ha definido la igualdad sexual en la ley desde el punto de vista de las mujeres, la ley ya no podría aplicarse sin cambiar la sociedad:

En este enfoque, la desigualdad no es una cuestión de identidad y diferencia, sino de dominio y subordinación. La desigualdad tiene que ver con el poder, su definición y su incorrecta distribución. La desigualdad fundamental se interpreta como cuestión de jerarquía, que –igual que el poder logra construir la percepción social y la realidad social– por derivación se convierte en distinciones categóricas, en diferencias. Cuando la ley global de la igualdad es

Editorial Trotta, 2003, pp. 259-260.

⁷⁸ Catherine A. MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Ediciones

abstracta, este enfoque es concreto; cuando la ley global de la igualdad es falsamente universal, este enfoque permanece específico. El objetivo no es hacer unas categorías legales que persigan y atrapen el *statu quo*, sino hacer frente a través de la ley a las desigualdades de la condición de la mujer para cambiarlas.⁷⁹

Esta nueva concepción del problema de la desigualdad sexual, por tanto, demanda la construcción de una nueva concepción de la igualdad, tanto en la ley, así como en la doctrina y la jurisprudencia. Se trata de una igualdad en sentido sustantivo en lugar de su construcción abstracta, que debe ser definida en los términos propios de las mujeres, a partir de su experiencia concreta. La adopción de este nuevo concepto de igualdad, proporciona a las mujeres la oportunidad de desarrollar una nueva jurisprudencia. De esta manera, las mujeres pueden ser parte del proceso de cambio de la relación que el Estado tiene con ellas y de la que ellas tienen con los hombres, exigiendo la igualdad real a través de la ley.

El primer paso consiste en poner en evidencia las condiciones concretas de desigualdad de las mujeres, señalando los abusos que sufren las mujeres en un contexto legal caracterizado históricamente por la privación de los derechos civiles, la exclusión de la propiedad y de la vida pública, y la falta de reconocimiento de los daños específicamente sexuales. El siguiente paso es reconocer que las formas masculinas de poder sobre las mujeres están legitimadas a través de derechos individuales en la ley, por lo que la igualdad sexual real en la ley implica limitar o eliminar los actuales derechos-poderes de los hombres sobre las mujeres y los niños/as. El objetivo es evidenciar que existe una desigualdad

Cátedra/Universitat de Valencia/Instituto de la Mujer, 1995, pp. 433-445.

⁷⁹ Catherine A. MacKinnon, Ob. cit., p. 435.

sistémica entre los sexos que se expresa, fundamentalmente, en la práctica social de la violencia sexual, cuyas víctimas mayoritariamente son mujeres y niños/as, y que si bien la intervención *de iure* por parte del Estado considera ilegal la violencia sexual, sin embargo, permite *de facto* a los hombres practicarla a gran escala.

Mientras más neutrales aparezcan las normas, más “ciegas” al sexo, y menos abiertas a cuestionar que su contenido tiene algún punto de vista, más cerca estarán de imponer el punto de vista masculino. “Los derechos abstractos dan autoridad a la experiencia masculina del mundo. Los derechos sustantivos de las mujeres no lo harían. Su autoridad sería lo que hoy es impensable: la autoridad no dominante, la autoridad de la verdad excluida, la voz del silencio.” La jurisprudencia feminista, estigmatizada por particular, se explica por la condición concreta de la mujer y por la necesidad de cambiar la situación de dominación/sumisión. Sólo la jurisprudencia feminista ve que el poder masculino existe, que no existe la igualdad sexual y que la igualdad necesita cambios. Esta nueva jurisprudencia implica una nueva relación entre la vida y la ley.

La propuesta de McKinnon contribuyó a redefinir conceptos como el acoso sexual, la pornografía y la violación, partiendo del punto de vista de quien sufre esas ofensas y concibiendo este punto de vista como un punto de vista colectivo.⁸⁰ De manera especial, la definición del acoso sexual se reveló con gran éxito en el plano práctico porque propició una serie de batallas judiciales, a través de las cuales se consiguió la introducción de reglas específicas y se logró su reconocimiento como situación de ilegítima discriminación sexual. En el plano simbólico, su efecto ha sido evidente al haber dado nombre y significado a un conjunto de chantajes sufridos por las

⁸⁰ Pitch, Tamar, Ob. cit., pp. 258-259.

mujeres, como colectivo, que habían sido experimentados individualmente y que hoy son visibilizados públicamente.

No obstante, la propuesta de MacKinnon ha sido calificada como paradójica⁸¹, ya que, por un lado, dirige duras críticas al carácter masculino del derecho y, por otro, ha intentado, de manera activa y exitosa, utilizarlo para desafiar la opresión masculina. Desde otras posturas también se han dirigido varias críticas a los planteamientos de McKinnon. En efecto, es inconveniente tratar de descubrir en el derecho una especie de esencia masculina.⁸² El derecho tampoco es unitario; de él se pueden extraer principios amplios y generales, diferentes entre sí, que al ser aplicados pueden conducir a resultados contradictorios. Por otra parte, el derecho no sólo regula las relaciones de género, sino que crea identidades. A través de las normas jurídicas el derecho construye sujetos sexuados subordinados. Por ello, es necesario ir más allá de la dicotomía hombre/mujer en el análisis de la teoría jurídica. De lo que se trata es de adquirir una conciencia política crítica frente a todo tipo de opresión:

A mi entender, “poner la cuestión de las mujeres” en relación con el derecho no significa sólo [...] examinar cómo el derecho no consigue tomar en consideración las experiencias y valores que, por las razones que sea, parecen más típicas de las mujeres que de los hombres, o cómo los estándares y conceptos legales existentes suponen una desventaja para las mujeres. También significa examinar si el Derecho puede ser una de las estructuras que configura la diferencia de género. Se trata de ver si el derecho contribuye en la construcción de la diferencia políticamente significativa cuando se trata de una diferencia

⁸¹ Beatriz Kohén, Ob. cit., p. 91.

⁸² Frances Olsen, Ob. cit., pp. 38-40.

de sexo.⁸³

El aceptar que no existe un “sujeto de origen”⁸⁴ tiene consecuencias importantes en la definición de las estrategias feministas respecto del uso del derecho. Reconocer la ambigüedad de toda identidad implica deconstruir la categoría *mujer*, es decir, admitir que no corresponde a ninguna esencia unitaria y unificadora. No se trata de enfrentar una entidad homogénea *mujer* con otra entidad homogénea *varón*, sino de explorar una multiplicidad de relaciones sociales en las cuales la diferencia sexual está construida siempre de muy diversos modos.

En esta dirección se plantea el análisis del derecho como una “tecnología de género”.⁸⁵ Se afirma que es posible de-construir el derecho como dotado de género tanto en su conceptualización como en su práctica, y que es factible realizar un análisis del derecho como proceso de producción de identidades de género. Este enfoque asigna singular importancia al papel que desempeña el discurso jurídico en la creación de la Mujer –y de los diferentes tipos de Mujer–. Se alega que la construcción moderna de la categoría Mujer se produjo en contraposición a la del Varón. Mientras que los diferentes tipos de Mujer se configuraron tanto al diferenciarse unos de otros como al ser sustraídos de la categoría Mujer. Así, la criminal, la prostituta, la infanticida, la mala

⁸³ Ruth Mestre, “Neus Campillo: El feminisme com a crítica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Valencia, Nueva Época/Ministerio de Justicia/Ministerio de la Presidencia, 1998, pp. 339-340.

⁸⁴ Haydeé Birgin, “Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente a particularismo”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, p. 119.

⁸⁵ Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, pp. 40-49.

madre, entre otros conceptos, históricamente habrían servido para reforzar la comprensión cultural de lo que significa la “Mujer correcta”. Por ello se insiste en la necesidad de descartar la idea de que el derecho es un conjunto unitario de normas que oprimen a la mujer o que el derecho es un conjunto de herramientas que pueden ser moldeadas para obtener una situación más favorable para la mujer. El poder del derecho está más bien en su capacidad para producir identidades de género.

No obstante, tampoco parece ser adecuado abandonar el derecho como un lugar de lucha. Asumida la tesis de que las relaciones que se establecen entre el derecho y el orden social son complejas, contingentes y cambiantes, la teoría jurídica feminista puede seguir planteándose “*la pregunta de la mujer*”, es decir, indagar, en cada instancia, “si el derecho tiene en cuenta los valores y las experiencias de las mujeres, y si los patrones imperantes en el derecho las perjudican o las favorecen. El propósito de esta pregunta es, pues, poner al descubierto algunas características del derecho y de su relación con las mujeres, y sugerir correcciones.”⁸⁶

Finalmente, desde América Latina⁸⁷ el feminismo plantea que la transformación del estatus jurídico y social de las mujeres, las relaciones de poder entre los géneros, y la estructura misma de las sociedades, no puede depender de reformas parciales. Éstas podrían no tener ningún efecto o incluso podrían reforzar las estructuras patriarcales. Como sabemos, muchas leyes que se han promulgado para el supuesto mejoramiento de la condición jurídica de las mujeres, con el tiempo han producido nuevas dinámicas de

⁸⁶ Beatriz Kohen, Ob. cit., pp. 95-101.

⁸⁷ Ver la propuesta de Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, pp. 202-205.

exclusión y discriminación hacia algunos o varios grupos de mujeres. Una teoría crítica del derecho debería tener la potencialidad de vincular el derecho con los procesos histórico-sociales en permanente transformación; revelar las relaciones de poder que oculta; y, ser capaz no sólo de describir el derecho existente sino, fundamentalmente, de democratizarlo.

En este marco, una metodología para el análisis del fenómeno legal, desde una perspectiva de género⁸⁸, implica descubrir cuáles son las necesidades y experiencias que orientan la formulación de las leyes. Por otra parte, requiere investigar cuáles son los estereotipos que guían la consideración de los roles que debe desempeñar cada sexo. Además, plantea identificar los efectos concretos, en hombres y mujeres, de la aplicación de las leyes, dependiendo de los roles asignados a cada sexo, su valoración social, así como la asignación diferenciada de tiempo y espacio, entre otros aspectos. Justamente, un análisis de género muestra que las leyes no son neutrales y que sus efectos son diferentes si se trata de hombres o de mujeres, ya que la pertenencia a uno u otro sexo es determinante del menor o mayor poder que existe en una sociedad.

A través de esta metodología se puede descubrir a “la mujer” que está presente en el discurso jurídico o reconocer a aquélla que ha sido invisibilizada por él. Es decir, permite identificar a la mujer que ha sido contemplada como “el otro” del paradigma de ser humano y, desde ahí, analizar cuáles son los efectos de las normas en mujeres de diferentes clases sociales, etnias, creencias, orientaciones sexuales, edades, etc. Pero también posibilita determinar cuál es la mujer que aparece representando a todas las demás mujeres, ya que hay derechos que se otorgan a determinados colectivos mujeres

⁸⁸ Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Alda Facio y Lorena

y que producen discriminaciones a otros. Se trata de analizar la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento del texto y que institucionaliza la desigualdad, es decir, descubrir si estamos frente a la mujer-madre, la mujer-reproductora, la mujer-familia, la mujer-trabajadora, entre otras.

El tipo de estudio que se plantea es de carácter contextual. Un análisis de género contextualizado considera que variables como la etnia, la clase social, la edad, entre otras, atraviesan el género y lo modifican. El análisis de género, por otra parte, rompe con las formas dicotómicas de pensar el mundo y las relaciones sociales. Implica un examen más complejo y siempre posible de ser enriquecido con otras perspectivas. En el presente caso, se propone hacer un análisis de género “desde la perspectiva de las mujeres”, es decir, desde el punto de vista de un ser subordinado, que ocupa un lugar de menos poder y de menor privilegio que un hombre de su misma clase, etnia, opción sexual, edad, creencia, etc., y también, en muchos aspectos, de menor poder que todos los hombres en general.

Por otra parte, esta metodología de análisis –que puede ser de una norma constitucional, de un texto legal, de una doctrina jurídica, de una decisión judicial, de un debate legislativo, etc.– se fundamenta en una concepción amplia del derecho, de acuerdo con la cual, éste estaría integrado por tres componentes íntimamente vinculados, afectados, delimitados y definidos entre sí: un componente formal normativo, un componente estructural y un componente político-cultural. El componente formal normativo estaría relacionado con la ley formalmente promulgada (ley constitucional, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas, decretos,

reglamentos, convenciones colectivas, entre otras). El componente estructural, estaría constituido por el contenido que los operadores de la administración de justicia dan a las normas, reglas y principios al momento de seleccionarlos, aplicarlos e interpretarlos. Finalmente, el componente político-cultural se expresaría en el sentido que la gente da a la ley por medio de la costumbre, sus actitudes, las tradiciones, la doctrina jurídica, y el manejo especializado de la misma; el uso que hace de las leyes existentes; el acatamiento cotidiano de leyes no escritas o derogadas; así como las relaciones que se establecen entre leyes escritas y no escritas.

En el siguiente capítulo se realiza un análisis de la relación que es posible establecer entre género, Constitución e interpretación, a partir del proceso impulsado por el movimiento de mujeres ecuatorianas en la elaboración y aprobación de la Constitución Política de 1998 y de la Constitución de 2008, para lo cual se toma en cuenta los elementos que caracterizan los componentes del derecho señalados.

CAPÍTULO II

GÉNERO Y CONSTITUCIÓN

2.1. El análisis de la posición constitucional de las mujeres desde una perspectiva de género

Se ha enfatizado que la Constitución juega un rol fundamental en el proceso de transformación del estatus de la mujer, al extender su influencia a todas las ramas del ordenamiento jurídico.⁸⁹ En efecto, la eficacia de la igualdad exige el desarrollo de una legislación específica con el fin de desmontar los vestigios de discriminación que todavía pueden estar presentes en muchos campos. De la misma manera, es necesario promover la aprobación de medidas políticas concretas encaminadas a materializar lo prescrito en el texto de la Constitución. Sin embargo, las estrategias impulsadas para la aprobación de las reformas legislativas necesarias con el propósito de hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres, así como su adecuada aplicación e interpretación por parte de los jueces no necesariamente siguen un curso lineal.⁹⁰ El reconocimiento y ejercicio de los derechos de las mujeres muestra avances y retrocesos, en medio de una red de concepciones y prácticas legislativas y judiciales que todavía tienden a justificar la subalternidad de la mujer. En la gestión de las leyes y en la aplicación del derecho todavía se verifican discriminaciones directas e indirectas enraizadas en la cultura que

⁸⁹ Ver, por ejemplo, Carmen Iglesias, “Presentación”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 10-11.

⁹⁰ Annita Garibaldi Jallet, “Las mujeres en la Constitución Italiana”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 124-

tienden, en los hechos, a desconocer los derechos de las mujeres.

El examen de la posición constitucional de las mujeres no solamente incluye el análisis de las normas jurídicas vigentes. Una comprensión integral del status de la mujer en la Constitución implica entender también el proceso histórico que lo inspiró y el contexto social de su aplicación e interpretación.⁹¹ Por ello, en el presente capítulo se analizan las etapas que caracterizaron históricamente el tratamiento constitucional de la mujer, evidenciando de qué manera las demandas de las mujeres en torno a sus derechos han sido reflejadas por las Constituciones de América Latina. Seguidamente, se describe el proceso histórico de construcción de la ciudadanía de las mujeres en el constitucionalismo ecuatoriano y se exponen los principales avances de la mujer en las Constituciones de 1998 y de 2008 impulsados por el movimiento de mujeres ecuatorianas.

En la evolución del tratamiento constitucional de la mujer se pueden identificar tres grandes etapas.⁹² La primera se caracteriza por la ignorancia de la mujer como sujeto de derechos constitucionales; la segunda supone la formalización del igualitarismo constitucional entre hombres y mujeres; por último, la tercera fase puede caracterizarse por la búsqueda de la superación del igualitarismo formal entre hombres y mujeres.

La primera etapa, que se inicia a finales del siglo XVIII y se prolonga durante el siglo XIX, presenta al hombre como sujeto único del constitucionalismo. La teoría

128.

⁹¹ Así, María Lucía Amaral, *Las mujeres en el Derecho constitucional: el caso portugués*, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 158.

⁹² Pablo Pérez Tremps, “Constitución y derechos de la mujer”, en *Derechos Humanos de las Mujeres*.

feminista ha explicado el rol desempeñado por el derecho en la exclusión histórica de las mujeres, afirmando que con el fin de crear y mantener un determinado tipo de sociedad el derecho ha acudido a la abstracción universal. Mediante este proceso, las diferencias habrían sido disueltas en un sujeto único y universal sustentado en el varón como parámetro de lo humano. De este modo, las diferencias constitutivas de lo humano, sean éstas de carácter sexual, étnico, de edad, entre otras, terminarían siendo excluidas. En este escenario, la codificación aparece como la expresión de los procesos de objetivación y abstracción universal:

A partir de la codificación, no caben “excepciones” y todas pasan a ser concebidas y definidas de acuerdo al mismo parámetro, el de la subordinación frente al varón y la distinción público/privado. La existencia de un sujeto único es el resultado de un proceso de abstracción y objetivación que constituye a un sujeto necesariamente fuera de sus contextos. Las formas de organización social y de convivencia entre hombres y mujeres constituidas sobre la base de lugares específicamente asignados para unos y otros (mujer/privado-hombre/público) y en los que las mujeres eran consideradas inferiores, evidencia que la abstracción del sujeto único y su supuesta neutralidad se constituye desde la mirada masculina [...].⁹³

El silencio de los textos constitucionales revolucionarios y decimonónicos respecto de la mujer⁹⁴ contrasta, sin embargo, con su presencia en otras ramas del

Aportes y Reflexiones, N° 6, Lima, Movimiento Manuela Ramos, 1998, pp. 59-73.

⁹³ Lorena Fríes y Verónica Matus, “Supuestos ideológicos, mecanismos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal”, en Alda Facio y Lorena Fríes, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, pp. 153-154.

⁹⁴ En contra de esta afirmación, Dominique Rousseau sostiene que en esta etapa las Constituciones sí

ordenamiento jurídico, como es el caso del derecho civil y del derecho penal, donde a la mujer se le reconoce como titular de derechos civiles y se le exige responsabilidad penal, aunque en una posición visiblemente diferenciada respecto del varón. La diferencia hombre/mujer se instala de forma discriminatoria en la consideración de la capacidad jurídica de los sujetos, en el caso del código civil, así como en la configuración de atenuantes y agravantes de la acción delictiva, en el caso de las normas penales. De esta manera el derecho configura lugares, funciones y modelos de lo femenino.⁹⁵

La segunda etapa supuso la equiparación del hombre y la mujer a través del reconocimiento de la igualdad formal en los textos constitucionales, en especial, fue el reconocimiento del derecho de sufragio para la mujer lo que cambió su status constitucional. En este sentido, se ha afirmado que las demandas por la igualdad enfatizaron las similitudes entre hombres y mujeres⁹⁶; que la lucha de las mujeres para transformar el estatus de inferioridad constitucional acentuó las semejanzas entre los sexos, minimizando la importancia de las diferencias entre ellos; y, que la identidad a la que las mujeres aspiraban fue concebida en función de la de los hombres. Sin embargo,

hablan de las mujeres, pero de las mujeres-madres, asignándolas a la esfera privada y consecuentemente alejándolas de la esfera pública en la que se discute la ley. Ver: “Los derechos de la mujer y la Constitución francesa”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 104-105.

⁹⁵ El Código Civil del Ecuador es un claro ejemplo del tratamiento jurídico diferenciado/discriminatorio que recibió la mujer en la regulación del matrimonio. Así, hasta antes de la codificación de 1970, la mujer casada fue considerada como relativamente incapaz, razón por la cual, para poder actuar, debía estar representada por su marido. En cuanto a los derechos y obligaciones de los cónyuges, hasta la reforma de 1989 el marido tenía el deber de proteger a la mujer y ésta la obligación de obedecerle; el marido tenía el derecho de fijar el domicilio conyugal y ésta el deber de seguirle a donde hubiese trasladado su residencia. En la actualidad, persiste una presunción discriminatoria respecto de la administración de la sociedad conyugal; en efecto, a falta de estipulación en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales, se presume que el administrador de la sociedad conyugal es el marido.

⁹⁶ Michel Rosenfeld, “Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 87-97.

desde otro punto de vista, se ha señalado que la separación entre lo público/masculino y lo privado/femenino estuvo en el centro de los debates sobre el reconocimiento del sufragio femenino:

[...] tanto los anti sufragistas más ardientes como las sufragistas más vehementes coincidían en que las mujeres eran más débiles, aunque más morales y virtuosas, que los hombres. Los anti sufragistas defendían, consecuentemente, que conceder el derecho al voto a las mujeres debilitaría fatalmente al Estado, puesto que éstas no podían empuñar las armas o emplear la fuerza; las sufragistas contra argumentaban afirmando que la mayor moralidad y rectitud de las mujeres transformaría el Estado y marcaría el comienzo del imperio de la paz.⁹⁷

Serían dos las perspectivas que se habrían desarrollado sobre las implicaciones del sufragio femenino respecto de la separación entre lo público y lo privado. Por un lado, se sostiene que las sufragistas, lejos de desafiar la separación de lo público y lo privado, más bien perpetuaron los supuestos que fueron utilizados en su contra. Una perspectiva distinta sostiene más bien que el reclamo de las mujeres de un estatus público e igual al de los hombres permitió desenmascarar el supuesto de la autoridad masculina sobre las mujeres. Justamente, una consecuencia importante de la concesión del derecho al voto a las mujeres es que la separación liberal-patriarcal de las esferas pública y privada fue convertida en un problema político.⁹⁸

⁹⁷ Carole Pateman, "Críticas Feministas a la Dicotomía Público/Privado", en Carme Castells, comp., *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 42.

⁹⁸ Estos puntos de vista son analizados por Carole Pateman, "Críticas Feministas a la Dicotomía Público/Privado", en Carme Castells, comp., *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1996.

En la tercera etapa del desarrollo constitucional de la mujer se postula la necesidad de integrar la idea de igualdad formal con la de igualdad material, para lo cual se despliegan tres tipos de técnicas: la profundización de la idea de discriminación, el reconocimiento de acciones positivas, y la consagración de derechos y principios especialmente relevantes para la mujer.

La profundización de la idea de discriminación es una técnica que se concreta a través de tres mecanismos. El primero de ellos se traduce en el tratamiento del sexo como categoría sospechosa a la hora de evaluar si un trato diferencial está o no constitucionalmente justificado. Un segundo procedimiento consiste en el señalamiento de los supuestos en los que está justificado un trato diferencial por razón del sexo. En todo caso, se trata de categorías de interpretación restrictiva, que están sujetas a revisión en la medida en que las circunstancias sociales cambien. Finalmente, el tercer mecanismo se materializa en la prohibición de discriminaciones indirectas, también sometida su valoración al principio de interpretación restrictiva.

Un segundo grupo de técnicas utilizadas para superar el igualitarismo formal son las denominadas acciones positivas. Su objetivo es concretar el principio de igualdad material, para lo cual se impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la igualdad de determinados sujetos y colectivos sea real y efectiva. Existen diversos tipos de medidas de acción positiva que pueden ser utilizadas con este fin. No obstante, la discusión en torno a ¿qué medidas pueden ser aceptadas teniendo en cuenta el marco constitucional y la finalidad perseguida no ha sido pacífica.

La tercera técnica que se utiliza para la consecución de la igualdad material es la configuración de derechos y principios propios en torno a la posición de la mujer.

Dentro de esta categoría se ubican aquéllas normas que concretan contenidos específicos del principio genérico de igualdad, respecto de determinados status (por ejemplo, igualdad de los cónyuges, igualdad de los padres, igualdad de los hijos) y ámbitos (igualdad política, igualdad laboral). Por otra parte, se detallan derechos particularmente importantes para asegurar el pleno reconocimiento de la mujer como sujeto de derechos (tal es el caso, por ejemplo, de los derechos sexuales y reproductivos). Adicionalmente, se configuran normas finalistas que sirven de guía para la acción de los poderes públicos y aportan criterios interpretativos a quienes las desarrollan (como la obligación de incorporar la perspectiva de género en el diseño y ejecución de las políticas públicas). En este sentido, el amplio número de preceptos que la Constitución dedica directa e indirectamente a este tema⁹⁹, sería una muestra de la importancia que se atribuye a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

En el contexto del Estado social, la igualdad –como valor superior que orienta el nuevo ordenamiento jurídico– modifica de forma sustancial el contenido de los valores inspirados en el Estado liberal.¹⁰⁰ Ya no se trata de una igualdad formal, sino de una

⁹⁹ Ver, por ejemplo, Carmen Iglesias, “Presentación”, Ob. cit., p. 10.

¹⁰⁰ El Estado liberal y el Estado social son expresiones del Estado de derecho que nace en contraposición al Estado absolutista del *Antiguo Régimen*. La característica fundamental del Estado de derecho es “la total racionalización de su hacer político con arreglo a un esquema lógico-jurídico que regula imperativa y minuciosamente la actividad del Estado, las competencias de sus órganos gubernativos y los derechos de las personas, de modo que la autoridad no puede requerir ni prohibir nada a los ciudadanos más que en virtud de un precepto legal previamente establecido... Esta forma de organización estatal implica para los gobernantes limitaciones efectivas e institucionalizadas al ejercicio de su poder... Por otro lado, el ordenamiento jurídico, que es el armazón que sustenta al Estado de derecho, contempla los mecanismos jurídicos y judiciales para garantizar las prerrogativas de las personas” en caso de que alguien las vulnere. Ver: Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política*, t. II, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, 3a. ed., pp. 554-555. El Estado liberal de Derecho “es la primera manifestación institucional del Estado de Derecho; descansó sobre las bases económicas, individualistas, capitalistas, de libertad absoluta del mercado. Estableció como postulados: la primacía de la Ley, un sistema jerárquico de normas, la legalidad de la administración, la separación de poderes, el reconocimiento y la garantía de derechos y libertades fundamentales, y, en algunos casos, el examen de constitucionalidad. El Estado social de Derecho “añade al anterior el criterio de respeto por la justicia social y corrige el individualismo mediante una política económico-social intervencionista, planificadora y socializante.” Ver: P. Lucas Verdú, “Estado de derecho”, en: D. Basterra y otros, *Prontuario de Ciencia Política y Derecho Constitucional*,

igualdad orientada a corregir las desigualdades sociales y a eliminar las diferencias que se consideran intolerables, lo cual demanda de los poderes públicos la implementación de medidas efectivas para la consecución de la libertad y la igualdad, tanto de los ciudadanos individualmente considerados como de los grupos en que se integran. Teniendo en cuenta que las mujeres enfrentan serios obstáculos para el desarrollo de la libertad y la igualdad, el Estado está obligado a intervenir y corregir esta situación a través de la adopción de medidas que permitan a las mujeres disfrutar de los derechos reconocidos en la Constitución, en igualdad de condiciones. El Estado juega un rol preponderante en la elaboración de leyes de desarrollo constitucional –que regulan el ejercicio de los derechos y libertades– encaminadas a concretar el principio de igualdad. Estas leyes deben, por tanto, tener en cuenta los contextos particulares que caracterizan las vidas de hombres y mujeres:

Estas normas deberían introducir la idea, (o partir de ella) de que no se pueden desarrollar los derechos fundamentales sin tener en cuenta las diferentes funciones sociales asignadas a cada uno de los sexos, es decir, el parámetro para establecer la paridad no puede basarse en valores que aunque se denominen universales se identifican totalmente con los varones, en clara exclusión de las mujeres. Esta identificación dificultaría la paridad en la medida en que, de ser así, las normas se identificarían, igual que ahora, con presupuestos que solamente son de aplicación a los varones.¹⁰¹

En la actualidad está ampliamente reconocida la relación que existe entre

Granada, Editorial COMARES, 1996, pp. 157-158.

¹⁰¹ Asunción Ventura Franch, *Las Mujeres y la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio del

Constitución y derechos de la mujer, hasta el punto de afirmar que no existe una mejor garantía a favor de la igualdad real y efectiva de los derechos de la mujer que su reconocimiento y tutela en la Constitución.¹⁰² Del mismo modo, se ha llegado a construir un amplio consenso en torno al hecho de que existen factores que condicionan de diferente forma las vidas de las personas y que los obstáculos que afectan el ejercicio de sus derechos y libertades frecuentemente se originan por la inserción de éstas en colectividades, grupos o sociedades, razón por la cual la Constitución debe otorgarles una protección especial. Esta mayor protección no resulta discriminatoria respecto de las personas y grupos que inicialmente estaban en una posición más favorable para el ejercicio de derechos. Lo que hace es más bien efectivizar el principio de igualdad de oportunidades:

Pero no es menos cierto que, para el ejercicio de los derechos, las mujeres se encuentran ante obstáculos más o menos determinantes, que únicamente a ellas les afectan y no por razones biológicas sino culturales o sociales. La universalidad e indivisibilidad de los derechos exige, en tales casos, que para que los derechos humanos sean efectivos con relación a todas las personas, aquéllas que se encuentren en situación menos favorable para conseguir el ejercicio de tales derechos, precisamente para que el ejercicio pueda ser igual para todos, obtengan una mayor protección.¹⁰³

Las luchas para las reformas constitucionales y legales, generalmente, han estado

Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto de la Mujer, 2000, p. 268.

¹⁰² Así, Carmen Iglesias, *ibídem*.

¹⁰³ Teresa Freixes Sanjuán, “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europeo”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 70.

caracterizadas por demandas de grupo que utilizan la movilización social como su principal instrumento, en medio de un contexto y un imaginario en el que prevalece el impulso hacia una liberación colectiva.¹⁰⁴ Tal es el caso del proceso impulsado para lograr el pleno reconocimiento de los derechos de las mujeres en las Constituciones de América Latina, como aspecto central de las demandas feministas para eliminar los privilegios masculinos del derecho, lograr el establecimiento de sistemas jurídicos abiertos a las diferencias, y garantizar una adecuada relación entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados.¹⁰⁵

2.2. Las demandas de las mujeres en las Constituciones de América Latina

En el ámbito latinoamericano, los debates en torno a la ciudadanía de las mujeres han estado vinculados a la noción de justicia de género.¹⁰⁶ La justicia de género implica un concepto de justicia en las relaciones sociales y jurídicas entre los sexos, y abarca diversas concepciones de justicia, desde la simple igualdad hasta la igualdad diferenciada –en el sentido de respeto por la diferencia–, tanto en las normas constitucionales o legales como en su aplicación. Teniendo en cuenta el contexto de

¹⁰⁴ Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 238-242.

¹⁰⁵ Procesos de movilización social por el reconocimiento pleno de derechos en la Constitución del Ecuador han sido impulsados por las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, los sectores rurales-campesinos, el movimiento de mujeres, el movimiento por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el movimiento ambientalista, las organizaciones GLBTI, entre otros. Ver: Alejandro Moreano y otros, *La Nueva Constitución. Escenarios, actores, derechos*, Quito, Ciudad, 1998; Santiago Andrade Ubidia y otros, *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales, España, Universidad de Valencia, España, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2004; Judith, Salgado, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Ediciones Abya-Yala, Corporación Editora Nacional, 2008; y, Santiago Andrade y otros, *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2009.

¹⁰⁶ Maxine Molyneux, “Justicia de Género, Ciudadanía y Diferencia en América Latina”, en Stefanie Kron y Karoline Noak, eds., *¿Qué género tiene el derecho? Ciudadanía, historia y globalización*, Berlin, edition tranvía / Verlag Walter Frey, 2008, pp. 36-53.

siglos de colonialismo que soportó la región, las reformas constitucionales impulsadas a favor de los derechos de las mujeres en Latinoamérica se han dirigido a eliminar los privilegios masculinos y patriarcales –incluyendo los efectos del “patriarcado colonial” en las esferas pública y doméstica–, y lograr el establecimiento de sistemas jurídicos abiertos a las diferencias, visibilizando el hecho de que la igualdad de oportunidades no necesariamente garantiza la igualdad de resultados, por lo que es necesario considerar medidas de acción positiva.

Por otro lado, se destaca el importante rol desempeñado por el movimiento de mujeres que hizo suyos los principios del liberalismo, pero exigiendo su aplicación libre de los supuestos androcéntricos que los sustentaban; este movimiento cuestionó el universalismo y demandó el reconocimiento de las diferencias, de manera que los roles sociales y las funciones biológicas de las mujeres no fueran utilizados como causa de discriminación.¹⁰⁷ Su estrategia contempló el desarrollo de campañas por los derechos humanos, la combinación de presión de base y trabajo desde el Estado, campañas a favor de reformas legales y el fortalecimiento de redes regionales y transnacionales. Los procesos de reforma del *status* jurídico de las mujeres recibieron el impulso de las conferencias de la mujer de la ONU, la Convención sobre la Eliminación de todas las

¹⁰⁷ Consultar, por ejemplo, Gabriela Cano, “La ciudadanía de las mujeres: Disyuntivas entre la igualdad y la diferencia sexual (México, 1917-1953)”, en: Martha Moscoso, comp., *Palabras del silencio. Las mujeres latinoamericanas y su historia*, Quito, ABYA YALA, UNICEF, Embajada Real de los Países Bajos, 1995, pp. 151-181; Line Barreiro, “Sueños y luchas por leyes igualitarias”, en: Martha Moscoso, op. cit., pp. 184-216; Ana María Goetschel y otras, *De Memorias. Imágenes públicas de las mujeres ecuatorianas de comienzos y fines del siglo veinte*, Quito, FONSAL, FLACSO, Sede Ecuador, 2007, pp. 11-40; Gioconda Herrera, “Género y Estado en el Ecuador: entre la ciudadanía y el discurso civilizatorio”, en: *Encuentro de Historia y Realidad Económica y Social de Ecuador y América Latina. Seminario Poder, Políticas y Movimientos Sociales*, t. II, Cuenca, Instituto de Investigaciones de la Universidad de Cuenca, 2003, pp. 13-26; Rocío Salgado Carpio, “Movimiento de mujeres, agente de cambio y contradicciones”, en: *Encuentro de Historia...*, pp. 37-51; Silvia Vega Ugalde, “Movimiento de mujeres. ¿Cuál es el ‘Nuevo Momento’?”, en: *Tendencia. Revista ideológico política*, N° 1, Quito, Editorial Tramasocial, 2004, pp. 68-75; Gayne Villagómez W., “Los derechos de las mujeres, ayer y hoy”, en: *La tendencia. Revista de análisis político: Movilización social, mujeres, gobierno*, N° 13, Quito, FES -

Formas de Discriminación contra las Mujeres, y la Declaración y Plataforma para la Acción de Beijing.¹⁰⁸

En este contexto, el tema de la igualdad ha ocupado un lugar central en las demandas feministas de reforma del derecho constitucional latinoamericano.¹⁰⁹ El punto común de las Constituciones de la región en esta materia es la consagración de la igualdad formal junto a la prohibición de la discriminación por razones específicas, dentro de las cuales se incluye el sexo, en unos casos, o estableciendo la misma prohibición sin aludir a ninguna categoría en particular, en otros.¹¹⁰ Adicionalmente, se especifica la obligación de promover las acciones necesarias para materializar el derecho a la igualdad.

La igualdad de derechos políticos aparece consagrada de modo general, o referida de manera explícita a la mujer. Por otra parte, el reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos se regula tanto en su forma negativa, es decir, como prohibición de la

ILDIS, 2012, pp. 54-61.

¹⁰⁸ Ver los artículos de Laura Guzmán y Gilda Pachecho, “IV Conferencia Mundial sobre la Mujer: Interrogantes, nudos y desafíos sobre el adelanto de las mujeres en un contexto de cambio”, en Laura Guzmán Stein y Gilda Pachecho Oreamuno, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. IV, San José, 1996, pp. 15-46; y, de Enrique Bernal Ballesteros, “Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres”, en: *Derechos Humanos de las Mujeres. Aportes y Reflexiones*, Lima, Movimiento Manuela Ramos, UNIFEM, 1998, pp. 161-197. Violeta Bermúdez Valdivia, “Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en: *Sobre Género, Derecho y Discriminación*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Defensoría del Pueblo, 1999, pp. 71-80; Julissa Mantilla Falcón, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: La Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para), en *Sobre Género...*, op. cit., pp. 81-97; Giulia Tamayo León, “Discriminación contra la Mujer y estándares internacionales de derechos humanos”, en *Sobre Género*, op. cit., pp. 99-120; Alda Facio, “La Carta Magna de todas las mujeres”, en: Ramiro Ávila Santamaría, *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 541-558.

¹⁰⁹ Cristina Motta y otras, *Observatorio legal de la mujer. El legado de la Constitución*, Bogotá, Centro de Investigaciones Sociojurídicas CIJUS, 1998, pp. 102-122.

¹¹⁰ Se trata de fórmulas como: “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza” (Artículo 5 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, con enmiendas del año 1996 y actualizada en el año 2008.); “Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana” (Artículo 33 de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949 reformada en el año 1968); “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, actualizada en el año 2005).

discriminación, como por medio de las denominadas acciones positivas, dentro de las cuales resaltan aquellas que promueven el acceso de la mujer a la función pública y a los cargos de elección popular.¹¹¹

En cuanto al trabajo se destacan varios puntos importantes. Los textos constitucionales contienen regulaciones y protecciones especiales en el área laboral para la mujer y, de manera paralela, las mismas previsiones para la mujer embarazada. El régimen de protección especial para la mujer embarazada consiste básicamente en prohibir los trabajos forzosos, peligrosos o insalubres. No obstante, en algunos países esta prohibición se extiende a la mujer, sin hacer ninguna alusión a circunstancias especiales, incluso se equipara el trabajo de la mujer y las protecciones especiales que se consagran, con el de las personas menores de edad.¹¹²

En cuanto a la prohibición de discriminación laboral, ésta se presenta de diversas formas. Se protege tanto el trabajo como el salario y, en algunos casos, se hace referencia expresa al sexo. En general, existen dos prerrogativas especiales que buscan proteger la estabilidad de la mujer en estado de embarazo: la prohibición de despedirla por este motivo y/o de disminuir su salario. Algunos países extienden expresamente esta protección para las etapas de gestación, parto y posparto. Las licencias por maternidad

¹¹¹ Constitución de la Nación Argentina de 1994 (Artículo 37, inciso segundo): “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.”; Constitución Política de Colombia de 1991, modificada en el año 2013 (Artículo 40, inciso final): “Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.”; Constitución Nacional de Paraguay de 1992 (Artículo 117 - De los derechos políticos): “Los ciudadanos, sin distinción de sexo, tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, en la forma que determine esta Constitución y las leyes. Se promoverá el acceso de la mujer a las funciones públicas.”

¹¹² “Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo” (Artículo 71 de la Constitución Política de la República de Costa Rica); “Se establecerá una protección especial para la mujer y los menores” (Artículo 128, numeral 6, de la Constitución Política de Honduras de 1982); “El

también son objeto de consagración constitucional. Algunas Constituciones ya otorgan la licencia por paternidad. Finalmente, el derecho a la seguridad social está consagrado tanto en forma general como de manera específica en referencia a la maternidad.¹¹³

La familia –tema central de debate feminista– es definida como núcleo de la sociedad y está protegida por la gran mayoría de los textos constitucionales de la región. Adicionalmente se establece la protección a la maternidad y algunos países la especifican para la madre que afronta situaciones especiales. Son escasos los países que consagran a nivel constitucional la protección a la paternidad. Se reconoce y protege la institución matrimonial y, algunos países, específicamente promueven organización de la familia sobre la base del matrimonio. El matrimonio es definido a partir de la decisión libre de un hombre y una mujer y descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.¹¹⁴

El recorrido por las Constituciones de América Latina y el estudio de las

trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado” (Artículo 54, inciso final, de la Constitución de la República de Uruguay de 1967, con reformas de 1996).

¹¹³ Art. 7 de la Constitución de la República Federativa de Brasil: “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social: 18. la licencia de embarazo, sin perjuicio del empleo y, del salario, con una duración de ciento veinte días; 19. la licencia de paternidad, en los términos fijados en la ley; 30. la prohibición de diferencias salariales, de ejercicio de funciones y de criterios de admisión por motivos de sexo...”; Constitución de Paraguay, Artículo 88 - De la no discriminación: “No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos... de sexo...”, Artículo 89 - Del trabajo de las mujeres: “...la maternidad será objeto de especial protección, que comprenderá los servicios asistenciales y los descansos correspondientes, los cuales no serán inferiores a doce semanas. La mujer no será despedida durante el embarazo, y tampoco mientras duren los descansos por maternidad. La ley establecerá el régimen de licencias por paternidad.”

¹¹⁴ Constitución de Colombia: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla... Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes...” (Artículo 42), “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.” (Artículo 43); Constitución de Bolivia: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado” (Artículo 193), “El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges” (Artículo 194).

instituciones que tienen relevancia particular para el *estatus* de la mujer, permiten afirmar que, si bien la mujer ha ganado terreno en el ámbito público, todavía persiste una imagen de la mujer ligada al espacio privado, lo cual que se verifica en las normas que confunden a la mujer con la madre.

[...] es claro que la mujer ya no está ausente de los sistemas jurídicos, especialmente en la Constitución. Es reconocida como un individuo titular de derechos, en la mayoría de los casos, de manera expresa. Además, el sexo se ha consolidado junto a la raza, la religión y el origen social como una condición especialmente protegida por el orden jurídico y por la actuación estatal. Es clara la convicción de que las mujeres constituyen un grupo vulnerable al que el Estado debe proveer un tratamiento especial que garantice la materialización del principio de igualdad [...]. A pesar de ello persiste una imagen de mujer ligada al espacio privado, a la maternidad, al cuidado y a la debilidad.¹¹⁵

Por otra parte, sin desconocer el potencial emancipador que los reclamos por los derechos conllevan, el “lenguaje de los derechos” también ha sido objeto de cuestionamientos.¹¹⁶ En este sentido, se afirma que dicho discurso ha sido utilizado como estrategia para neutralizar las demandas de género, produciendo contradicciones o resultados ineficaces. El lenguaje de los derechos habría sustituido – desafortunadamente– al de la opresión y de la discriminación, y el término de “víctimas” habría reemplazado al de “oprimidos/as”, es decir, ya no estaríamos frente a sujetos que comparten una condición social que determina su existencia, sino a sujetos

¹¹⁵ Cristina Motta y otras, Ob. cit., p. 123.

¹¹⁶ Tamar Pitch, Ob. cit., p. 243.

que sufren o pueden llegar a sufrir ofensas particulares por parte de sujetos individualmente considerados.

La teoría de los derechos presenta a los sujetos como individuos autónomos, abstractos, al margen de contextos jerárquicos y de subordinación. El uso de este lenguaje podría resultar inútil cuando se predica de sujetos que, aunque en teoría deberían reivindicar sus derechos, en la realidad no pueden hacerlo. Por todo ello, para conseguir el objetivo, no sólo se trata de atribuir derechos a determinados individuos – en este caso las mujeres– sino de tomar en consideración el diferente *estatus* del que ellas gozan como grupo.

Si bien en las últimas décadas se han verificado cambios significativos en los ámbitos constitucional, legal y político, gracias a los esfuerzos desarrollados para cuestionar los términos en que fue construida la ciudadanía de las mujeres –cuyo énfasis históricamente estuvo puesto en el mantenimiento de la identidad de la mujer atada al espacio privado, a la maternidad y a la reproducción¹¹⁷–, en los actuales momentos uno de los principales retos tiene que ver con la manera de poner en práctica un proyecto

¹¹⁷ El concepto de maternidad que comienza a desarrollarse en Europa en el siglo XVIII y se consolida en el XIX atribuye exclusivamente a la madre la carga del cuidado y lactancia del niño. El “trabajo maternal” había estado en manos de nodrizas y criadas, por ello, el discurso ilustrado empezará a realzar la importancia de la lactancia materna. De esta manera, ya no puede ser cualquier mujer quien se ocupe del niño, sino que debe ser su propia madre, con la particularidad de que, al hacerlo, ya no estará haciendo un trabajo, sino ejerciendo una función natural (Ana I. Marrades Puig, *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Valencia, Universitat de Valencia, 2002, p.32). En el mismo sentido, ver la obra de Kim Clark, “Género, raza y nación: La protección a la infancia en el Ecuador, 1910-1945”, en Martha Moscoso, comp., *Palabras del silencio. Las mujeres latinoamericanas y su historia*, Quito, ABYA YALA, UNICEF, Embajada Real de los Países Bajos, 1995, p. 225. De acuerdo con Kim Clark, a inicios del siglo XX en el Ecuador el discurso dominante identificaba al hogar, especialmente a la madre, como el nexo central entre la nación y los futuros ciudadanos: “Enseñar a las futuras madres cómo debe conservarse la vida del niño y hacer de este modo que la nuestra, sea una nación más populosa y grande, es la obra más patriótica tal vez que el estado puede... realizar en provecho de la protección a la infancia y del engrandecimiento del país” (Carlos R. Sánchez, “Protección a la infancia”, en *Anales de la Universidad Central*, Quito, 1923, p. 64, citado por la autora). Para un análisis de la construcción social de la maternidad y su vinculación con los derechos sociales, ver el artículo de Rosario Aguirre, “El maternalismo en las políticas sociales”, en: Eugenia Hola y Ana María

general de justicia de género.

2.3. La construcción de la ciudadanía de las mujeres en el Constitucionalismo ecuatoriano

Una de las cuestiones que mayor atención ha concitado es la referida al sufragio femenino. Éste fue un tema de debate desde fines del siglo XIX hasta fines de la década de 1930, período al que se ha caracterizado como el más serio intento de excluir a las mujeres del derecho a elegir y ser elegidas.¹¹⁸ En este escenario, a más de los actores políticos –liberales y conservadores–, se destacó la participación de las mujeres para lograr el reconocimiento de su derecho al sufragio. Si bien en el Ecuador no hubo un movimiento sufragista de carácter masivo, las mujeres ejercieron presión en diferentes momentos, en forma individual o en grupo, para que los derechos políticos les fueran reconocidos.¹¹⁹

A través del estudio crítico de los debates que sirvieron de base para la

Portugal, edit., *La ciudadanía a debate*, Santiago de Chile, Isis Internacional, 1997, pp. 87-100.

¹¹⁸ Mercedes Prieto y Ana María Goetschel, “El sufragio femenino en Ecuador (1884-1940), en Stefanie Kron y Karoline Noak, eds., *¿Qué género tiene el derecho? Ciudadanía, historia y globalización*, Berlin, edition tranvía / Verlag Walter Frey, 2008, pp. 117-140.

¹¹⁹ Se trata de mujeres que salieron del espacio privado para hacer públicas sus propias necesidades y demandas; algunas se destacaron por su presencia activa en clubes feministas de propaganda electoral, en los partidos políticos, en organizaciones femeninas, en congresos, en organizaciones sindicales, en las luchas callejeras, en agrupaciones gremiales católicas; otras hicieron opinión pública a través de artículos y editoriales de periódicos y revistas, defendiendo principios de equidad y de mejoramiento de la condición de la mujer, abogando por el derecho al voto, cuestionando la poca participación de la mujer en la política, exigiendo una ciudadanía real; aportaron significativamente desde el ejercicio del magisterio y su participación en ligas de maestros; desde la poesía también cuestionaron las desigualdades de la sociedad patriarcal (Ver el artículo de Jennie Carrasco Molina, “Una mirada histórica a la vida de las mujeres 1922-1960”, en Martha Moscoso Carvallo y otras, *Historia de mujeres e historia de género en el Ecuador. Una mirada al aporte de las mujeres en la historia del Ecuador en la ruta del bicentenario*, Quito, CONAMU, 2009, pp. 194-229). Las sufragistas no solamente reivindicaron el derecho al voto, sino que denunciaron el entorno familiar como el principal espacio de sujeción de las mujeres y cuestionaron el conjunto de la vida social, al hacerlo, crearon espacios de libertad para las mujeres (En esta línea, el artículo de Gladys Acosta Vargas, “La reforma legislativa. Instrumento de la construcción democrática”, en: Guadalupe León, comp., *Ciudadanía y participación política, Memoria del Simposio El abordaje de Género en América Latina y su incidencia en los cambios socio-políticos*, Quito, Ediciones

elaboración de los textos constitucionales, es posible rastrear el proceso a través del cual se fue estructurando la ciudadanía de las mujeres ecuatorianas: las razones que sustentaron la exclusión o la extensión de sus derechos, los intereses que fundamentaron la aprobación de las normas, las experiencias y necesidades que respaldaron la adopción de determinadas soluciones normativas, y los efectos de la asignación diferenciada de atributos, roles y espacios a hombres y mujeres.¹²⁰ Las visiones que los asambleístas constituyentes fueron construyendo sobre *la Mujer*, estuvieron fundamentadas en la centralidad del hombre como paradigma de lo humano:

Pese a la amplitud de los debates, da la impresión de que las mujeres no existen en la conciencia de la mayoría de los legisladores cuando elaboran y discuten las leyes. Incluso diferenciando la clase social, sus discursos siempre se refieren al género masculino. La mención a mujeres en las sesiones del Congreso son esporádicas, brevísimas y siempre referidas a pagos de montepío, reconocimiento de méritos de sus esposos o familiares muertos en el servicio militar. Más adelante, a solicitudes de jubilación. Es decir, las mujeres aparecen como instrumentos de gestión de la vida cotidiana. De ellas lo que se valora es su “devoción (sumisión a la Iglesia) y su energía” (capacidad para la reproducción biológica, cuidado de la familia y mantenimiento de las costumbres).¹²¹

Un primer momento se ubica a finales del siglo XIX, cuando los constituyentes

ABYA-YALA, 1998, p. 30).

¹²⁰ En este apartado sigo las investigaciones realizadas por Raquel Rodas Morales, “De los inicios de la República a la Revolución Juliana”, en Raquel Rodas Morales, edit., *Historia del voto femenino en el Ecuador*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2009, pp. 17-134; y, Alexandra Quezada, “Del derecho al voto a la presencia de las mujeres en la vida política nacional”, en Raquel Rodas Morales, edit., *Historia del voto femenino en el Ecuador*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2009, pp. 141-207.

¹²¹ Raquel Rodas Morales, edit., *Historia del voto femenino en el Ecuador*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2009, pp. 39-40.

debatieron acerca del sexo del ciudadano. Algunos asambleístas defendieron la idea de que las mujeres eran “naturalmente” incapaces para ejercer la ciudadanía política. Otros expresaron su opinión contraria a la concesión de la ciudadanía política a las mujeres argumentando que el “lugar” de la mujer está en el ámbito familiar. No obstante, este debate contribuyó a cuestionar la política como una actividad esencialmente masculina y visibilizar la diferencia sexual como un elemento constitutivo de la sociedad ecuatoriana.

Es en la Convención de 1883-1884 en donde por primera vez se debatió a fondo sobre el voto de la mujer, con varios argumentos a favor y en contra. En favor del ejercicio de este derecho se mencionó la presencia de la mujer en el ámbito público, destacando el gran número de mujeres dedicadas al comercio. En contra del sufragio femenino se emplearon varios razonamientos, entre los cuales sobresalió el argumento que asimilaba a las mujeres a “los menores” y a “los incapaces”; se afirmaba que la exclusión de estos grupos ha existido siempre y en todo lugar, debido a que no eran aptos para el ejercicio de ese derecho. Un último argumento enfatizó la adscripción “natural” de las mujeres al ámbito doméstico, recalcando que no se cometía ninguna injuria en contra de ellas al excluirlas de los derechos de ciudadanía, ya que por naturaleza estaban destinadas al hogar. El texto que finalmente aprobó la Convención determinó que “Para ser ciudadano se requiere saber leer y escribir, ser varón mayor de veintiún años, o ser o haber sido casado.” De esta manera, se coartó la pretensión de conceder *estatus* de ciudadana a la mujer.

Con la entrada del liberalismo, la Convención de 1896-1897 eliminó el término “varón” de la regulación sobre la ciudadanía y el sufragio, por lo que la mujer quedó incluida en la expresión genérica de “ciudadano”. El sufragio de la mujer fue objeto de

un nuevo debate a inicios del siglo XX, en el Congreso de 1910, que discutió la propuesta de reforma a la Ley de Elecciones. Quienes defendieron la ampliación del sufragio femenino lo hicieron apelando a la responsabilidad del liberalismo para poner en práctica las conquistas sociales y a la necesidad de apartar a la mujer de la Iglesia. Los argumentos contrarios al voto de la mujer se sustentaron en la división de las esferas pública y privada. En efecto, la política fue caracterizada como un ámbito estrictamente masculino al que no podía aspirar la mujer, ya que había sido creada para atender las “sagradas” obligaciones del hogar.

Fue en 1928, al instalarse una nueva Asamblea Constitucional de mayoría liberal, cuando se reconoció de manera explícita que eran ciudadanos los hombres y las mujeres mayores de edad que sabían leer y escribir, siendo decisivo el rol jugado por mujeres de élite y de sectores medios que, en unos casos, plantearon de manera directa la capacidad de la mujer para participar en el ámbito público, mientras que, en otros, enfatizaron una supuesta vocación de la mujer para moralizar la política. A fines de la década de 1930, momento caracterizado por la pérdida del control político liberal, se volvió a discutir la autonomía de las mujeres para votar. El argumento fundamental para oponerse al sufragio femenino fue la aparente falta de independencia de la mujer para ejercer este derecho, la supuesta facilidad con la que podía ser manipulada por fuerzas conservadoras y de la iglesia católica. Más adelante, la Asamblea de 1967 aprobó el voto como un deber cívico de los ciudadanos y, por tanto, obligatorio para el hombre y la mujer. Previamente no faltaron voces que, aunque ya no tuvieran mayor aceptación, se opusieron al voto obligatorio de la mujer, tal como había sucedido en otros momentos de la historia constitucional.

Los tradicionales criterios de discriminación en razón del sexo emergieron en el

proceso de elaboración de la Constitución Política de 1998. Si bien este proceso trajo cambios fundamentales en el *estatus* de la ciudadanía de las mujeres, los discursos de los hombres y las mujeres asambleístas evidenciaron la persistencia de imaginarios sexistas. En efecto, la discusión en torno a los derechos de las mujeres se produjo a partir de vincularlas al rol de madres o a la condición de víctimas. Esto significó que en ciertos casos los avances en materia de derechos de las mujeres sean obtenidos a partir de la exaltación de la maternidad y de una apología de sus roles tradicionales, más que del reconocimiento de su calidad de ciudadanas.¹²²

En este contexto se actualizaron las preocupaciones –que históricamente habían guiado los debates parlamentarios– en torno a la participación política de las mujeres, revelando los temores presentes en el discurso tradicional frente a la pérdida del poder masculino en el escenario público y la autoridad sobre las mujeres en el ámbito privado. Algunos asambleístas señalaron que las mujeres debían ganarse este derecho en igualdad de condiciones que los varones y que la participación de las mujeres debía darse según su capacidad, su formación y sus propios esfuerzos. Otros calificaron la paridad de “irreal” e “injusta” con base en las dificultades que se habían presentado al momento de cumplir la cuota establecida para la participación de las mujeres en la Ley de Amparo Laboral. En este escenario, las acciones afirmativas fueron consideradas como “un privilegio” y llegó a decirse que hombres y mujeres podían participar libremente al interior de los partidos políticos y optar por un puesto de representación popular sin necesidad de “tutelajes”.

¹²² Consultar el estudio de Lola Valladares Tayupanta, *Entre Discursos e Imaginarios: Los Derechos de las Mujeres Ecuatorianas en el Debate de la Asamblea Nacional*, Quito, FLACSO, Sede Ecuador, 2003, p. 68-73.

Frente a este tipo de posiciones, otras/os assembleístas defendieron la participación de las mujeres y las medidas de acción afirmativa como una conquista, señalando que si bien el logro de la participación paritaria entre hombres y mujeres implicaría un cambio gradual, la norma tiene que acelerar y promover dicho proceso. Se mostró que las limitaciones impuestas a la participación política de las mujeres son estructurales y que, por lo tanto, la regulación de las acciones positivas contribuiría a la incorporación de la diversidad. Por último, se enfatizó que el problema no era de capacidad, sino de reconocimiento de derechos e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

En este contexto, la acción y el discurso del movimiento de mujeres desempeñaron un rol fundamental. En efecto, uno de los factores que ha incidido significativamente en el proceso de ampliación de la ciudadanía, ha sido la acción política de las mujeres y la relación que ha logrado establecer con el Estado para la elaboración de leyes y políticas públicas en torno a la equidad de género. El movimiento de mujeres forma parte de los nuevos actores sociales que impulsan la democratización del Estado a fin de que éste responda a las nuevas demandas de la ciudadanía. Las reformas de carácter constitucional y legal han sido planteadas como una reivindicación frente a la discriminación y la opresión, vividas históricamente por las mujeres, con el convencimiento de que la igualdad entre mujeres y hombres es un problema social y político que debe ser regulado por el Estado.¹²³

A partir de la década de 1990, el movimiento de mujeres latinoamericano experimentó una serie de cambios en sus concepciones, discursos, objetivos, estrategias y formas de organización. Las mujeres reclamaron el derecho a ser consideradas como

¹²³ Rocío Rosero Garcés, María Pilar Vela, Ariadna Reyes Ávila, *De las demandas a los derechos. Las*

miembros plenos de la comunidad política y exigieron que el *estatus* de ciudadanía reconociera expresamente sus demandas; lucharon para que sus propuestas –elaboradas a partir de la realidad específica que afectaba a las mujeres– fueran consideradas por la comunidad política. El accionar del movimiento de mujeres estuvo centrado en la transformación de la institucionalidad estatal –a través de la elaboración de leyes y agendas políticas– para que fuera capaz de enfrentar las diversas manifestaciones de la discriminación que afectaba a las mujeres en su cotidianidad. Su incursión como movimiento logró ampliar la noción de derechos al conseguir que temas como la violencia de género, el trabajo doméstico, la libertad sexual, la participación política de las mujeres, entre otros, fueran acogidos por la comunidad política. De esta manera, el movimiento de mujeres logró hacerse visible como actor político colectivo.¹²⁴

En el caso del Ecuador, la acción política del movimiento de mujeres en la elaboración y la aprobación de la Ley 103 sobre Violencia Contra la Mujer y la Familia (1995) había marcado un hito en la conquista de derechos desde la perspectiva de género. Esta experiencia permitió re-conceptualizar el quehacer jurídico como un proceso de construcción co-responsable entre los actores sociales interesados –en este caso, las mujeres– y los actores legislativos.¹²⁵ Teniendo en cuenta los aprendizajes de esta experiencia de construcción colectiva de la ley, la formulación de propuestas para la Asamblea Nacional de 1997-1998 logró convocar la participación de diversas

mujeres en la Constitución de 1998, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2000, pp. 16-83.

¹²⁴ Silvia Vega, “La ciudadanía ‘incompleta’ de los movimientos de mujeres”, en *Mujer, participación y desarrollo*, Quito, Corporación de Estudios para el Desarrollo-CORDES, 2000, pp. 83-243.

¹²⁵ Para un análisis del proceso de elaboración e implementación de la “Ley 103” y el rol desempeñado por el movimiento de mujeres del Ecuador: Gloria Camacho y otras, “Comisarías de la Mujer y la Familia: Contexto, Evolución y Perspectivas”, en Gloria Camacho y otras, *Las comisarías de la mujer ¿Un camino hacia la justicia?*, Quito, CEPLAES, 2009, pp. 29-36; Rocío Salgado, “La Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y la administración de justicia”, en Gioconda Herrera, coord., *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, FLACSO, Sede Ecuador /

vertientes del movimiento de mujeres, para lo cual se constituyeron grupos de trabajo alrededor de los temas centrales de reivindicación feminista, se desarrollaron diversos mecanismos de negociación y respuesta técnica, y se desplegó una serie de prácticas políticas de presión social unitaria.¹²⁶

Y es que la Asamblea Nacional de 1997-1998 –a diferencia de las anteriores– había convocado una amplia participación de diversos sectores de la sociedad ecuatoriana. Antes de su instalación y durante su funcionamiento se desarrollaron importantes debates sobre diversos temas de trascendencia constitucional. Las comisiones de trabajo en que se dividió la Asamblea para preparar los textos según su tema recibieron una innumerable cantidad de delegaciones de distintos sectores – entre ellos, las mujeres organizadas– que plantearon sus demandas y aspiraciones específicas.¹²⁷

Los resultados del trabajo desarrollado por el movimiento de mujeres fueron sistematizados en el documento titulado *Nosotras en la Constitución*, que destacó – como fundamento de la propuesta formulada– el respeto a los derechos humanos de las mujeres, su carácter universal, indivisible e integral, y la necesidad de contar con mecanismos de protección permanentes para garantizar su efectiva vigencia en todas las esferas de la vida social. El movimiento de mujeres expresó su plena confianza en que el proceso de reformas constitucionales permitiría dotar al país de un nuevo marco jurídico respetuoso de la diversidad y promotor de la justicia, la equidad de género y la

Ágora, 2000, pp. 121-124.

¹²⁶ Rocío Rosero Garcés, María Pilar Vela, Ariadna Reyes Ávila, *De las demandas a los derechos. Las mujeres en la Constitución de 1998*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2000, pp. 61-70.

¹²⁷ Enrique Ayala Mora, “Introducción: Algunas reflexiones sobre la Asamblea Constituyente de 1997-1998”, en Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 15.

equidad social.¹²⁸

Entre las propuestas del movimiento de mujeres presentadas a la Asamblea Nacional, se destacan aquéllas orientadas a valorar y reconocer, de manera explícita, el aporte que las mujeres realizan al desarrollo del país; promover la participación de las mujeres en la vida pública y garantizar la representación política en todos los ámbitos de toma de decisiones, teniendo en cuenta la necesidad de impulsar acciones positivas a favor de las mujeres hasta llegar a la igualdad real; el derecho a vivir sin violencia en los ámbitos privado o público; el derecho a la igualdad de oportunidades en el trabajo y en la educación; el respeto a la autonomía personal y a la autodeterminación sobre las decisiones más vitales de la existencia de las mujeres, lo cual implica garantizar sus derechos sexuales y reproductivos; el reconocimiento de las distintas estructuras familiares y de las responsabilidades familiares compartidas; la incorporación del enfoque de género en la planificación del desarrollo y la institucionalización de las políticas públicas para superar las desigualdades entre mujeres y hombres.

A fin de garantizar el posicionamiento de los temas de las mujeres al interior de la Asamblea, el proceso de negociación de las propuestas incluyó el asesoramiento especializado a la Comisión VII a través de un equipo de asesoras del Consejo Nacional de las Mujeres, un trabajo directo con los y las asambleístas y una estrategia de sensibilización y apoyo a los liderazgos de las asambleístas. La acción de las mujeres se desarrolló en medio de un contexto adverso, caracterizado por el énfasis puesto por diversos actores políticos en los temas de gobernabilidad, así como por la presión

¹²⁸ Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas, Foro Permanente de la Mujer Ecuatoriana, Consejo Nacional de las Mujeres, *Nosotras en la Constitución. Propuestas de las Mujeres a la Asamblea Nacional Constituyente*. Quito, 1998.

ejercida desde sectores conservadores que trataron de neutralizar varias de las propuestas de las mujeres, sobre todo, en temas relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos.¹²⁹

No obstante, la lucha del movimiento de mujeres no fue inútil. Es necesario resaltar el carácter histórico de la Constitución de 1998, al ser la primera vez que un texto constitucional reconocía a la mujer con identidad propia y con una trayectoria de lucha específica.¹³⁰ El preámbulo es prueba de ello, al haber destacado el trabajo y sacrificio de hombres y mujeres que forjaron la patria. La nueva Constitución permitiría ampliar las posibilidades de las mujeres para ejercer sus derechos, tanto en el espacio público (en el ámbito de la educación, el trabajo remunerado y la seguridad social, la participación política, en instancias de dirección y decisión, en la administración de justicia, en los organismos de control) como en el privado (en el ámbito del trabajo doméstico no remunerado, en la administración de la sociedad conyugal, en cuanto a la prevención, eliminación y sanción de la violencia de género, intrafamiliar y sexual.). Además, el Estado se comprometía a formular y ejecutar políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Por otra parte, uno de los principales logros de la Constitución de 1998 es haber incorporado en su texto los derechos de las mujeres de acuerdo a cuatro principios fundamentales: a) el reconocimiento de la igualdad de hombres y mujeres frente a la

¹²⁹ Rosero Garcés, Rocío, Vela, María Pilar y Reyes Ávila, Ariadna, *De las demandas a los derechos. Las mujeres en la Constitución de 1998*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2000, pp. 80-83.

¹³⁰ Ver, por ejemplo, Alejandra Cantos Molina, "El tratamiento de los problemas de género en la reforma constitucional", en Galo Chiriboga Zambrano y Rafael Quintero López, edit, *Alcances y limitaciones de la reforma política en el Ecuador 1998*, Quito, Asociación Americana de Juristas / Escuela de Sociología y Ciencias Políticas de la Universidad Central / Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. ILDIS / Proyecto Latinoamericano para Medios de Comunicación, 1998, pp. 244-250; y, Zonia Palán, "Nosotras en la Constitución", en Alejandro Moreano y otros, *La Nueva Constitución. Escenarios*,

ley¹³¹; b) la universalización de los derechos, con el reconocimiento de las particularidades de las mujeres¹³²; c) la prohibición de la discriminación por sexo¹³³; y, d) el fomento de la equidad de género, especialmente, a través de medidas de acción afirmativa.¹³⁴ El reconocimiento de estos principios evidencia una clara intención de transversalizar el enfoque de género, superando la forma en que tradicionalmente las Constituciones se habían referido a las mujeres: por la “tematización”, por su ubicación en bloque como grupo “vulnerable”, o considerando a las mujeres y sus reivindicaciones como “problema”:

[...] la Constitución logró una “transversalidad de género”, ya que a lo largo del texto se puede encontrar una explícita intencionalidad por fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y superar la discriminación; además, porque su naturaleza inclusiva de hombres y mujeres contiene referencias directas en el texto constitucional, esto especialmente en el preámbulo, en los principios fundamentales, en los derechos, garantías y deberes. Hay varias normas en la Constitución que se refieren expresamente al enfoque de género [...].¹³⁵

Efectivamente, la centralidad de los derechos humanos y la incorporación transversal del enfoque de género en los derechos reconocidos (derecho a la integridad,

actores, derechos, Quito, Ciudad, 1998, pp. 31-41.

¹³¹ Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo 23.3.

¹³² Ob. cit., artículos 3.2, 23.2, 23. 25, 24.9, 24.10 y 47.

¹³³ Ob. cit., artículos 23.3 y 81.

¹³⁴ Ob. cit., artículos 34, 36, 37, 41, 43, 50.7, 67, 102 y 254.

¹³⁵ Farith Simon C., “Las mujeres en la Constitución de agosto de 1998: del reconocimiento formal de la igualdad al fomento de la equidad”, en Rocío Rosero Garcés, María Pilar Vela, Ariadna Reyes Ávila, *De las demandas a los derechos. Las mujeres en la Constitución de 1998*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2000, p. 158.

derecho a la igualdad y no discriminación, derechos políticos, derechos sexuales y reproductivos, derechos económicos, sociales y culturales) distinguen el marco constitucional ecuatoriano de 1998.¹³⁶ Esta transversalización del enfoque de género en la Constitución posibilitaba que el Estado asumiera obligaciones específicas frente a sus ciudadanos y ciudadanas. De esta manera, el Estado estaba obligado a formular políticas públicas y adoptar medidas que permitieran a la población el ejercicio efectivo de los derechos, así como el acceso a los organismos correspondientes para denunciar la violación de los derechos o el incumplimiento de sus obligaciones.¹³⁷

En el ámbito internacional, la Constitución ecuatoriana de 1998 fue calificada como una de las constituciones más avanzadas en materia de género de América Latina. Se subrayó el valor que la Constitución asignaba a los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre la legislación nacional, lo que implicaba un gran paso en el reconocimiento de las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales en torno a la no discriminación y la igualdad de oportunidades. Se recalcó su importancia, como instrumento jurídico fundamental, en la construcción de una sociedad no discriminatoria e incluyente y en el reconociendo la diversidad, como claves de la gobernabilidad democrática.¹³⁸

La Carta Política de 1998 reconoció varios derechos sexuales que aún no habían sido incorporados en la mayor parte de textos constitucionales de los países del mundo

¹³⁶ Judith Salgado, “Derechos Humanos y Género en el marco constitucional ecuatoriano”, en Fernando Flores Giménez, *Género y Derecho Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, p. 125.

¹³⁷ Lola Valladares Tayupanta, “Los derechos de las mujeres en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998”, en *FORO revista de derecho*, N° 2, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2004, p.63.

¹³⁸ Esther del Campo y Evelyn Magdaleno, “Avances legislativos de acción positiva en Bolivia, Ecuador y Perú”, en Mercedes Prieto, edit., *Mujeres y escenarios ciudadanos*, Quito, FLACSO, Sede Ecuador / Ministerio de Cultura del Ecuador, 2008, pp. 279-280.

o en un instrumento internacional de carácter vinculante. Así, en el Título III “De los derechos, garantías y deberes” reconoció el derecho de las personas a no ser discriminadas en razón de su orientación sexual¹³⁹; a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual¹⁴⁰; a contar con programas y acciones de salud pública que promuevan la salud sexual y reproductiva¹⁴¹; y, a que no se utilice información referente a salud y vida sexual, salvo para satisfacer necesidades de atención médica.¹⁴² En esta medida, la Constitución representaba un avance, puesto que había incluido a la sexualidad en el acuerdo colectivo, como un presupuesto básico para la construcción de una sociedad democrática y que, además, generaba derechos exigibles tanto al Estado como a los particulares.¹⁴³

En definitiva, las demandas del movimiento de mujeres ecuatorianas fueron incorporadas a la Constitución de 1998 al afirmar sus principios fundamentales; definir los principios generales de los derechos, garantías y deberes; reconocer los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas; regular los mecanismos para garantizar la participación democrática de las y los ciudadanos; y, explicitar la obligación del Estado de formular y ejecutar políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, incorporar el enfoque de género en planes y programas, y brindar asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

En efecto, de acuerdo con la Constitución de 1998, uno de los deberes

¹³⁹ Constitución Política de 1998, artículo 23.3.

¹⁴⁰ Ob. cit., artículo 23.25.

¹⁴¹ Ob. cit., artículo 43.

¹⁴² Ob. cit., artículo 23.21.

¹⁴³ Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Ediciones Abya-Yala / Corporación Editora Nacional, 2008, pp.

primordiales del Estado consistía en asegurar la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de mujeres y hombres. Se propugnaba el principio de igualdad ante la ley, en este sentido, todas las personas eran consideradas iguales y debían gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación, en razón de sexo y orientación sexual, entre otros criterios. Mediante planes y programas permanentes y periódicos, el Estado se comprometía a adoptar medidas para el efectivo goce de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales. De manera especial, estaba obligado a formular y ejecutar medidas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a incorporar el enfoque de género en planes y programas, y a brindar asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.¹⁴⁴

La Carta Constitucional puso énfasis en el reconocimiento del derecho a la integridad personal y la prohibición de la violencia física, psicológica, sexual y la coacción moral. El Estado tenía que adoptar las medidas que fueren necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia contra las mujeres, además, en el ámbito público y privado, las víctimas de violencia doméstica y maltrato infantil debían recibir atención prioritaria, preferente y especializada.¹⁴⁵

De la misma manera, la promoción del derecho de las personas a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual ocupó un lugar destacado. El Estado estaba en la obligación de fomentar la salud sexual y reproductiva de los y las habitantes, así como velar por el respeto a los derechos laborales y reproductivos de la madre gestante

54-63.

¹⁴⁴ Constitución Política del Ecuador de 1998, artículos 3, 17, 23.3 y 41.

¹⁴⁵ Ob. cit., artículos 23.2 y 47.

y en período de lactancia.¹⁴⁶

En el ámbito del trabajo y la producción, la Constitución garantizaba la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad. El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar debía ser tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones especiales de desventaja económica. El trabajo doméstico no remunerado fue reconocido como labor productiva. El Estado debía propiciar la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado en un contexto de igualdad, favorecer el mejoramiento de las condiciones de trabajo y promover el acceso a los sistemas de seguridad social. Estaba prohibido todo tipo de discriminación laboral contra la mujer.¹⁴⁷

En cuanto a la familia, esta institución estaba reconocida y protegida por la Constitución con base en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Se propugnaba la maternidad y paternidad responsables y se garantizaba el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que podían procrear, adoptar, mantener y educar, para lo cual el Estado tenía la obligación de informar, educar y proveer los medios que contribuyeran al ejercicio de este derecho. El Estado debía proteger a las madres, a los padres y a quienes hubiesen sido jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones; promover la corresponsabilidad paterna y materna; y, vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos.¹⁴⁸

También en el ámbito de la participación política y otros espacios que quehacer

¹⁴⁶ Ob. cit., artículos 23.25, 36 y 43.

¹⁴⁷ Ob. cit., artículos 34 y 36.

¹⁴⁸ Ob. cit., artículos 36, 39 y 40.

público, el Estado debía promover y garantizar la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos.¹⁴⁹

Una gran confianza fue depositada en la Constitución Política de 1998 como referente para la transformación de la vida de las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado. Su aprobación debía guiar el posterior proceso de reforma legal en las áreas de salud sexual y reproductiva, familia, erradicación de la violencia, participación política y participación en la toma de decisiones, trabajo y acceso a los recursos, educación, entre otros temas, a fin de acortar la brecha de desigualdad que afecta a la mayoría de las mujeres. Sus normas debían concretarse además en el quehacer de la política pública, en las resoluciones de quienes administran justicia, en las decisiones de quienes ejercen cualquier tipo de autoridad, en la participación social y en la vigilancia de los grupos organizados.

Para valorar los resultados de una década de vigencia de la Constitución de 1998, un primer criterio de análisis consiste en averiguar si el Estado surgido a partir de la aprobación la Constitución fue capaz de materializar los mandatos del texto constitucional en favor de las mujeres.¹⁵⁰ La Constitución Política de 1998 constituyó un hito histórico, pues los derechos consagrados representaron un avance para la superación del tutelaje masculino y para la construcción de la autonomía de las mujeres en las diferentes esferas de su vida, sin embargo, el propio movimiento de mujeres

¹⁴⁹ Ob. cit., artículo 102.

¹⁵⁰ Asunción Ventura Franch, *Las Mujeres y la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto de la Mujer, 2000, p. 19.

calificó los avances logrados como “en buena medida simbólicos”, debido a los límites de lo que denominó como el modelo hegemónico neoliberal.¹⁵¹ Si bien en lo que se refiere a los derechos humanos y ciudadanos, el texto constitucional recogió las innovaciones que se habían dado en las últimas décadas en el escenario internacional y las demandas de los sectores sociales del país, el rasgo fundamental de la Carta Política fue su marcado énfasis privatista en la estructura del Estado.¹⁵²

Una muestra de ello es que, a pesar de que el estado ecuatoriano asumió la responsabilidad de impulsar la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, y velar, especialmente, por el respeto a los derechos laborales y reproductivos de la madre gestante y en período de lactancia, la legislación del trabajo promovió la flexibilización de la contratación laboral, dando lugar al surgimiento de formas de contratación precarias. En la práctica, este proceso de flexibilización laboral entró en contradicción con el mandato constitucional antes mencionado, así como con diversos instrumentos de carácter internacional. De modo particular, las reformas incidieron negativamente en el derecho a la estabilidad de las mujeres en situación de embarazo.¹⁵³

¹⁵¹ Ver el artículo de Rocío Rosero Garcés, “Las mujeres ecuatorianas, la constituyente y la constitución”, en *La tendencia –revista de análisis político–*, N° 5, Quito, ILDIS - Instituto Manuel Córdova - Tramasocial, 2007, p. 109. En el mismo sentido, ver: Consejo Nacional de las Mujeres, *Agenda de las Mujeres para la Nueva Constitución Ecuatoriana*, Quito, 2008, p. 1.

¹⁵² Frente a la idea de la convocatoria a la Constituyente, algunos sectores progresistas ya habían señalado los peligros de redactar una nueva Constitución en medio de una coyuntura adversa, con predominio ideológico de sectores conservadores. Se señaló que aquello podría traer consigo un desmantelamiento de los elementos estructurales de la Carta Política vigente. Se destacó también que, pese al entusiasmo a veces ingenuo de los promotores de la Constituyente, el cambio en las fórmulas constitucionales no necesariamente acarrea la transformación de la sociedad. Enrique Ayala Mora, “Introducción: Algunas reflexiones sobre la Asamblea Constituyente de 1997-1998”, en Santiago Andrade Ubidia y otros, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 11-17.

¹⁵³ Alison Vásconez R., “Mujeres, trabajo y pobreza”, en Mercedes Prieto, edit., *Mujeres ecuatorianas. Entre las crisis y las oportunidades 1990-2004*, Quito, CONAMU – FLACSO – UNIFEM – UNFPA, 2005, pp. 270-273.

Un segundo criterio de análisis es el énfasis puesto por la acción ciudadana de las mujeres respecto de la actividad del Estado. En este sentido, se ha señalado que la misma ha dejado de lado temas referidos a la producción y distribución de la riqueza social. Esto posiblemente se deba a que las organizaciones de mujeres más influyentes han estado dirigidas, fundamentalmente, por mujeres de clase media, mestizas, profesionales y urbanas. Por ello, las propuestas y estrategias planteadas no han tomado en cuenta las preocupaciones específicas de las mujeres pobres, indígenas, afrodescendientes o rurales. Con esta reflexión, se evidencia el carácter problemático del concepto de sujeto que guió la elaboración y puesta en práctica de las demandas de las mujeres. Es necesario, entonces, hacer visible las heterogeneidades que cruzan las identidades de género.¹⁵⁴

Por ejemplo, un lugar central en las propuestas del movimiento de mujeres ocuparon las reformas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal a fin de lograr la modificación de tipos penales como la violación, la violación agravada, el acoso sexual, entre otros, el respeto a los derechos de las víctimas, el juzgamiento de oficio de la violación sexual y de las lesiones que produjeran incapacidad para el trabajo, la obligación de profesionales y establecimientos de salud de recoger y guardar de forma inmediata evidencias del delito, la tipificación del delito de violencia intrafamiliar y la creación de jueces y juezas especializados en esta materia¹⁵⁵. De la misma manera, el movimiento de mujeres priorizó el tema de la participación política y el ejercicio del poder por parte de las mujeres, a partir de lo cual desarrolló una serie de

¹⁵⁴ Silvia Vega, “La ciudadanía ‘incompleta’ de los movimientos de mujeres”, en *Mujer, participación y desarrollo*, Quito, Corporación de Estudios para el Desarrollo-CORDES, 2000, pp. 244-254.

¹⁵⁵ Alejandra Cantos, “Escenarios de aplicación de los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador: visión crítica del nuevo Código de Procedimiento Penal”, en Gioconda Herrera, coord., *Las fisuras del*

estrategias, como la “Ley de Cuotas”, campañas por los derechos políticos de las mujeres, conformación de comités de vigilancia electoral, entre otras, con el interés de que los derechos políticos de las mujeres no se redujeran a la posibilidad de elegir, sino también a la probabilidad de ser elegidas.¹⁵⁶

No obstante, otros temas estuvieron ausentes en el accionar del movimiento de mujeres. Tal es el caso de la situación laboral de miles de mujeres marginadas económicamente, que tuvieron a su cargo la implementación de los programas estatales de cuidado diario y educación inicial de niños y niñas menores de seis años, a quienes se denominó “personal comunitario”. En vista de que su labor no fue considerada por el Estado como trabajo sino como “un voluntariado”, en la práctica, aquellas mujeres no tuvieron derecho a una remuneración, sino únicamente a “una bonificación”, a más de que se les privó de otros derechos de carácter laboral. Estos programas fueron impulsados –como política pública en favor de niños y niñas– por un Estado con evidente orientación neoliberal que en los hechos no hizo otra cosa que legitimar una recurrente forma de discriminación en contra de mujeres pobres, de áreas rurales, de sectores urbano-marginales.

patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho, Quito, FLACSO, Sede Ecuador / Ágora, 2000, pp. 99-105.

¹⁵⁶ Gladys Dután y otras, “Las organizaciones de mujeres ecuatorianas: su visión acerca de la participación política de la mujer y la aplicación de la cuota”, en Cañete, María Fernanda y otras, comp., *Reflexiones sobre Mujer y Política. Memorias del Seminario Nacional Los cambios políticos en Ecuador: perspectivas y retos para la mujer*, Quito, CEDIME, 2003, pp. 201-245.

CAPÍTULO III

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1998

Ha sido necesario destacar la complejidad de las expectativas de las mujeres que se han movilizado por reformas constitucionales y legales, no sólo porque desde el inicio pudieron haber estado presentes objetivos e intereses diversos, sino también porque el significado de las normas siempre está sujeto a interpretación. La interpretación de las normas no es unívoca, pues expresa el conflicto de los diversos actores sociales por proclamar y legitimar determinados principios.¹⁵⁷ El impacto de las reformas –es decir, el modo como han sido recibidas por el público–, está relacionado con la forma en que las normas han sido debatidas, utilizadas, aplicadas e interpretadas:

Podemos entonces distinguir diversos planos. El primero, el del conflicto sobre los significados impulsado por los actores sociales y políticos interesados o, en sentido inverso, contrarios a la introducción o al cambio de una norma. El resultado, a menudo, es que la norma introducida o modificada contiene un mensaje polivalente y, frecuentemente, ambiguo. Pero también [...] el mensaje normativo está sometido a interpretación: sea del que debe aplicarlo al caso concreto, sea del público en general, y existe una interacción entre la interpretación de quien aplica y aquella del público, o mejor, de los públicos. Estos últimos pueden orientar la interpretación de los primeros o viceversa.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Ver, por ejemplo, Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

¹⁵⁸ Tamr Pitch, Ob. cit., p. 235.

De lo que se trata es de determinar qué objetivos simbólicos inspiraron a las mujeres a movilizarse para exigir cambios normativos en el área de las relaciones entre los sexos, qué imagen respecto de las relaciones entre los sexos puede ser extraída de las normas introducidas, y qué relación existe entre esta imagen y aquella resultante de los procesos de aplicación-interpretación y uso de las normas.

Siendo fundamental el proceso llevado a cabo para la incorporación de las demandas de las mujeres en las normas de carácter constitucional y legal, es necesario reconocer que la corrección de las inequidades de género implica una profunda transformación de las condiciones que permiten su producción y mantenimiento. Por ello, en el proceso de materialización de los derechos de las mujeres se asigna fundamental importancia a la labor que pueden desempeñar los órganos jurisdiccionales ordinarios, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, el alcance y significado del principio de igualdad entre los sexos ha requerido de una labor de precisión que no siempre ha sido pacífica, pues supone necesariamente una “apertura” del texto constitucional a apreciaciones de carácter histórico, social y cultural que inevitablemente van a incidir en el proceso de interpretación de las normas. Esto ha generado la aparición de una importante dogmática jurídica en torno a los derechos de las mujeres.¹⁵⁹

En este contexto, sin duda alguna, los principales problemas constitucionales sobre los derechos de las mujeres han servido para cuestionar roles, espacios, atributos y

¹⁵⁹ Enrique Álvarez Conde, y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; Ángeles Vivas Larruy y otros, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004; María Luisa Balaguer, *Mujer y Constitución. La Construcción Jurídica del Género*, Madrid, Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia/Instituto de la Mujer, 2005; Ventura Franch, Asunción, *Las Mujeres y la Constitución Española de 1978*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto de la Mujer, Madrid,

responsabilidades asignados a hombres y mujeres sobre la base del sexo.¹⁶⁰ Este dato muestra que el problema es más complejo, pues no sólo tiene que ver con la existencia de normas que expresamente discriminan a las mujeres, sino con los efectos discriminatorios de la aplicación de normas. Por otra parte, diversos estudios han puesto al descubierto una serie de limitaciones para el avance de los derechos de las mujeres generados por los propios operadores jurídicos, así por ejemplo:

[...] siendo el Derecho y sus promesas simbólicas un espacio privilegiado del que disponen las mujeres para trazar su camino hacia la autonomía, el éxito o el fracaso de la estrategia se tiende a medir en términos de la cantidad y calidad de las normas emitidas. Pero cambiar o crear normas es pretender corregir la inequidad sin modificar las condiciones en las que se produce. El cambio normativo es un arma; pero es frágil e ilusorio. Como creación cultural, el Derecho es un producto directo de la cultura que busca modificar. Los obstáculos que con habitual éxito instalan los ejecutores y operadores jurídicos son sólo una de las caras visibles de esta fragilidad [...]¹⁶¹

Son varios los cuestionamientos que también, desde el feminismo, se han levantado respecto de la labor de los operadores jurídicos. En el centro del debate se encuentra la crítica respecto del mito de la neutralidad de los procesos de aplicación-interpretación de las normas jurídicas. En efecto, en contra de la idea de “neutralidad de la ciencia jurídica”, es importante ratificar que ninguna de las labores de interpretación,

2000; Fernando Flores Giménez, coord., *Género y Derecho Constitucional*, Quito, 2003.

¹⁶⁰ Rocío Villanueva Flores, “Género y Justicia Constitucional en América Latina”, en Fernando Flores Giménez, *Género y Derecho Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, pp. 38-39.

¹⁶¹ Luisa Cabal y Cristina Motta, comps., *Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Center for Reproductive Rights / Universidad de los Andes, 2006, p.

sistematización o transformación del derecho se presentan como instrumentos avalorativos.¹⁶² La utilización de un concepto, una clasificación o un objetivo como modelador o inspirador del derecho refleja una inevitable carga ideológica que trasciende la mera discusión doctrinal.¹⁶³ En preciso, entonces, superar la concepción de que las y los jueces únicamente “aplican” la ley, porque dicha concepción esconde el hecho y la forma como sus valores culturales se filtran en sus decisiones:

Consideramos que si se acepta que hay interpretación de parte de las y los jueces antes de aplicar la o las normas a un caso concreto, es más fácil lograr que se acepte que esa aplicación no es neutral en términos de género y que por ende, para lograr una mayor justicia, es imprescindible que la ley, sea neutral o no, sea interpretada desde una perspectiva de género a la hora de ser aplicada. Es más, consideramos que si se acepta que las y los jueces crean derecho, específicamente el derecho judicial, es más fácil rechazar la idea de que la sentencia es un silogismo, lo que abre el espacio de crítica a la misma. Esto a su vez permite la creación de un derecho judicial más apegado a la justicia y al respeto de los derechos humanos de todas las personas [...].¹⁶⁴

10.

¹⁶² Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial tecnos, 2003, 8a. ed.; Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial tecnos, 2004, 8a. ed.; Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003; Luis Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación Jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1993; Francisco Rubio Llorente y otros, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1995; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1983, 3a. ed.; Víctor Ferreres Comelia, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; Francisco J. Bastida Freijedo y otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial tecnos, 2004; Luis Aguiar de Luque y Pablo Pérez Tremps, *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Valencia, tirant lo Blanch, 2002; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, 2a. ed.

¹⁶³ José García Añón, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2002, p. 311.

¹⁶⁴ Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en Alda Facio y Lorena Frés, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, p. 211.

Hay que reconocer que a través del derecho se establecen y legitiman categorías entre los distintos actores sociales, entre los cuales están hombres y mujeres. Estas clasificaciones favorecen la construcción de sujetos de derecho con diferentes poderes, competencias, derechos, privilegios y prerrogativas, lo que determina, en consecuencia, su acceso diferenciado a los mecanismos de poder y a los recursos de la sociedad. Este proceso también es reproducido por los y las funcionarios de la administración de justicia:

Las prácticas que se originan en el proceso de elaboración, interpretación y aplicación de las normas relativas a los comportamientos esperados de hombres y mujeres, afectan la forma en que las personas construyen su visión de cuál es el lugar y el comportamiento apropiado para ambos sexos en esta sociedad. Lo que hagan y digan las y los funcionarios de la administración de justicia en ese proceso, es parte de la dinámica de producción y reproducción de los actos de discriminación que afectan a mujeres y hombres.¹⁶⁵

A pesar de que se ha pretendido reducir la interpretación a una tarea técnica, donde para cada caso hay una interpretación dogmáticamente correcta, en la actualidad se reconoce que no existe una verdad universal sobre la realidad; que quien interpreta está inserto en un contexto social, histórico, político y cultural; y, que la interpretación implica valoración, toma de posición, elección y decisión. En este mismo sentido, se

¹⁶⁵ Ana Elena Obando, “Las interpretaciones del derecho”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y*

acepta que la selección y utilización del método de interpretación responde a la ideología de quienes crean, interpretan y aplican el derecho, a la concepción del derecho que tengan y al resultado que pretendan obtener:

De allí que dirijamos nuestra atención a la justicia a fin de revisar aquellas decisiones judiciales que reflejen, sostengan o produzcan una situación de desigualdad entre varones y mujeres. Los fallos ejemplifican los aspectos discriminatorios y estigmatizantes que aún subsisten en el discurso judicial, portador del conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que la cultura desarrolló desde la diferencia anatómica entre los sexos para simbolizar y construir socialmente lo que es “propios” de los varones (lo masculino) y lo que es “propio” de las mujeres (lo femenino).¹⁶⁶

Desde la teoría feminista se ha planteado la necesidad de promover el estudio crítico de los procesos de elaboración, aplicación e interpretación de las normas, realizando un análisis de la relación entre género y poder y visibilizando las ideologías que mantienen el *statu quo*. Esta teoría se ha propuesto además evaluar el valor simbólico de las decisiones judiciales frente a temas especialmente sensibles al género.¹⁶⁷ Las citas, alegatos, fundamentos, declaraciones que los jueces introducen en sus sentencias pueden reproducir, reafirmar o renovar los discursos referentes a las mujeres, y, de esta manera, afianzar o transformar estructuras sociales discriminatorias.

Derecho, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, p. 163.

¹⁶⁶ Sofía Harari y Gabriela L. Pastorino, “Acerca del género y el derecho”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, p. 125.

¹⁶⁷ Cristina Motta, y otras, *Observatorio legal de la mujer. El legado de la Constitución*, Bogotá, Centro

Los discursos de los jueces pueden mostrarse más progresistas o más reaccionarios, lo que a su vez puede determinar la construcción de diferentes imágenes de mujer.

En efecto, el análisis de sentencias y resoluciones revela que el discurso judicial se encuentra cruzado por una visión estigmatizante del género, compartida por otros discursos sociales que atribuyen ciertos roles, características y lugares a hombres y mujeres y que perduran más allá del cambio normativo. Es decir, la inclusión del principio de igualdad entre los sexos en la Constitución y en las leyes, no siempre tiene un correlato en el discurso judicial. Muchas veces los jueces continúan aplicando una escala de valores que las nuevas normas dejaron ya de lado. A través de sus decisiones, los jueces construyen prohibiciones, fijan atributos, asignan espacios que no necesariamente están en el texto de la norma, de esta forma, contribuyen a la producción de identidades de género.¹⁶⁸ Se ha manifestado que la justicia permanece como un poder resistente al cambio, como un instrumento de control social que perpetúa la desigualdad de género, por lo cual, no son sólo las normas las que deben ser cambiadas, sino los estereotipos que perduran en el imaginario judicial.

La Constitución y las leyes, por tanto, no pueden ser evaluadas únicamente a partir de su tenor literal, de su intención o de su propósito, sino por el resultado que produce el proceso de aplicación-interpretación de las normas por parte de quienes administran justicia.¹⁶⁹ Esta concepción provoca una profunda transformación en el quehacer jurídico, ya que posibilita apreciar la labor de los operadores de justicia en el mantenimiento o erradicación de los procesos sociales discriminatorios. En este

de Investigaciones Sociojurídicas CIJUS, 1998, pp. 57-58.

¹⁶⁸ Sofía Harari y Gabriela L. Pastorino, Ob. cit., pp. 121-145.

¹⁶⁹ Villanueva Monge, Zarela, “Una Mirada de las Sentencias del Tribunal Constitucional de Bolivia desde la Perspectiva de Género”, en *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre, Tribunal

contexto, el análisis de las decisiones de los órganos jurisdiccionales ordinarios, así como de la jurisprudencia constitucional puede mostrar tanto los avances como los retrocesos en la materialización de los derechos humanos de las mujeres. Se trata de determinar en qué medida el proceso de aplicación-interpretación de la norma puede revertir, de manera efectiva, los procesos sociales discriminatorios, y lograr la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Hemos señalado suficientemente que la ideología de los jueces juega un papel importante en la resolución de los conflictos sometidos a su conocimiento. La interpretación que se dé al contenido de una norma puede depender, en gran medida, de los valores o pautas culturales que siga un juez. Pero junto a los problemas de interpretación –que se relacionan con las posibles lecturas que admiten las normas jurídicas–, se propone considerar también los problemas de la prueba –que se presentan cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar–. Se manifiesta que la mayor parte de las teorías de la argumentación se han ocupado de los problemas relacionados con las normas jurídicas, descuidando el tema de la prueba de los hechos en litigio. Sin embargo, la reconstrucción y valoración de los hechos por el juez en el momento de la decisión también puede depender de sus concepciones ideológicas. Por ello, así como existe un esfuerzo desde la concepción de género por evaluar críticamente las formas de interpretar las normas jurídicas, también debe haber un empeño semejante por abordar los temas relativos a la prueba, asumiendo que los hechos no son únicamente “datos” de la realidad, sino una “reconstrucción subjetiva” susceptible de control judicial.¹⁷⁰

Constitucional, 2003, pp. 488-498.

¹⁷⁰ Rocío Villanueva Flores, “Análisis del Derecho y perspectiva de género”, en *Sobre Género, Derecho y*

Todo ello muestra la importancia de estudiar las resoluciones de los órganos de administración de justicia respecto de temas especialmente sensibles al análisis de género, como es el caso del principio de igualdad y no discriminación por razón de género, la protección a la familia, el acceso al trabajo, la participación política de las mujeres, y el derecho a una vida libre de violencia, entre otros.

3.1. El principio de igualdad y no discriminación

La igualdad, y los debates en torno a su significado, alcances y limitaciones, han estado en el centro de la lucha de las mujeres –y de otros grupos sociales– para lograr su reconocimiento como miembros plenos de la comunidad política, y ampliar sus derechos ciudadanos. No cabe duda que las demandas de las mujeres, como colectivo históricamente marginado de los beneficios de la ciudadanía, han enriquecido las discusiones doctrinales y las construcciones jurisprudenciales en torno a la igualdad, al cuestionar el carácter excluyente de una concepción liberal-individualista de la misma, y reclamar su reformulación, a fin de ligarla a una concepción de la justicia de grupos propia del Estado social.

Así, el principio de igualdad animará lo que se ha denominado “el proceso de positivación de una determinada concepción de la justicia”.¹⁷¹ La igualdad será un principio capaz de derogar normas, definir términos no precisados en los textos legales, y ampliar y enriquecer conceptos jurídicos, activando para ello una serie de resortes hermenéuticos que encierran implícitos principios de justicia, que pugnan por

Discriminación, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú / Defensoría del Pueblo, 1999, pp. 30-45.
¹⁷¹ Andrés Ollero, “Valores, principios, normas, dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21-II, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, 1998, pp. 307-317.

positivarse. Se abandonará el intento de aplicación avalorativa de las normas y se pasará a ponderar los principios en juego. Una misma medida podrá ser considerada constitucional, o no, según los juicios de valor empleados.¹⁷² En este contexto, los fallos llegarán a fundamentarse en una concepción material de la igualdad y en la necesidad de eliminar los obstáculos que impiden la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

No obstante, esta evolución evidencia avances y retrocesos.¹⁷³ Varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante los tribunales, y que terminaron en sentencias que reconocieron la existencia de alguna discriminación por razón de sexo en las normas discutidas, tuvieron como inicial beneficiario al varón. Resulta paradójico que ante situaciones discriminatorias, en las que la mujer aparece como el sujeto perjudicado, los mecanismos creados para la eliminación de los obstáculos que perpetúan la desventaja en muchas ocasiones hayan favorecido principalmente al varón.¹⁷⁴ Es decir, los procesos de construcción, aplicación e interpretación del principio de igualdad no están exentos de contradicciones.

Por ello, en esta sección se hace un recuento del proceso de construcción de

¹⁷² Consultar, por ejemplo, los trabajos de Claudia Storini: “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, Caracas, 2001, pp. 221-246; *La interpretación Constitucional y el Estado de las Autonomías*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002; “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, en *Foro: Revista de Derecho*, N°7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007; “El alcance jurídico de la teoría de la interpretación como limite a la labor del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6, Caracas, Editorial Sherwood, 2002, pp. 191-212; “Legitimidad del juez constitucional y teoría de la interpretación”, en *Actas del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Arequipa, Colegio de Abogados de Arequipa y LPG, 2005, pp. 378-408; “Justicia constitucional e interpretación de la Constitución”, en *Revista Boliviana de Derecho*, N°1, 2006, pp. 15-60; “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, en *Foro. Revista de Derecho*, N° 9, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2008; “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA”, en *Civitas Europa*, N° 2, 2008; *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013 (en coautoría con Marco Navas Alvear).

¹⁷³ Este peligro está presente debido a la misma configuración de los principios.

¹⁷⁴ Ana Carmen Azkarate-Askasua Albeniz, *Mujer y Discriminación: Del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pp.

la igualdad como principio complejo, y de los debates producidos en torno a la igualdad formal y la igualdad sustancial. De manera especial se destaca la discusión que se ha llevado a cabo respecto de las medidas de acción positiva a favor de las mujeres – y su legitimidad constitucional– como contenido central del discurso antidiscriminatorio. Para este análisis se recoge, principalmente, los aportes de la doctrina española. Se presenta también la contribución de la jurisprudencia latinoamericana al reconocimiento y ejercicio del derecho a la igualdad de las mujeres, a partir de los trabajos de feministas estudiosas de la situación jurídica de la Región. Al final, se analiza cómo se construye el principio de igualdad entre los sexos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Ecuador.

3.1.1. La igualdad como principio complejo: Igualdad formal e igualdad sustancial o material

Es posible descubrir en el principio de igualdad dos dimensiones que corresponden a los diferentes momentos históricos en que fueron reconocidas por los sistemas jurídicos.¹⁷⁵ En un primer momento se configuró la igualdad formal, como la exigencia jurídico-política de la igualdad ante la ley. La igualdad formal extiende sus efectos en varios sentidos: igualdad como generalización, en tanto que las normas se dirigen a los ciudadanos en abstracto; igualdad procesal o igualdad de procedimiento para todos; e, igualdad de trato como equiparación y diferenciación.

Por un lado, la igualdad de trato como equiparación implica que a supuestos de hecho iguales se deben aplicar consecuencias jurídicas iguales, estando prohibido el

14-19.

¹⁷⁵ Ver: María José Añón, *Igualdad, Diferencia y Desigualdades*, México, D. F., Distribuciones Fontamara, 2001, p. 37-43.

uso de rasgos diferenciadores, como el sexo, la etnia, la clase social, la religión, la ideología, la lengua, entre otros, sin excepción alguna. La aplicación de un trato jurídico distinto requiere, entonces, una justificación fundada y razonable.

Por otra parte, la igualdad de trato como diferenciación permite introducir diferencias normativas en razón de los criterios que normalmente acompañan a la formulación del principio de igualdad, siempre que sea posible justificarlas de modo razonable. La igualdad como diferenciación consiste en dar un tratamiento distinto a situaciones distintas con el fin de eliminar situaciones de discriminación existentes, de forma que estaría autorizado tratar de modo diverso a personas iguales que sin embargo se encuentran en situaciones diversas, siempre que las situaciones sean comparables, exista una justificación razonable de la diferencia de trato y se demuestre la proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

En un segundo momento histórico se desarrolló el principio de igualdad sustancial o material ligada al Estado social. Aquí, la igualdad material se orienta a corregir, eliminar o evitar los obstáculos impuestos por la práctica social o por la acción de los poderes públicos, que han impedido a algunos colectivos o categorías de personas alcanzar determinados bienes y situaciones económicas y sociales, o que limitan su plena participación en la vida social. Por un lado, el principio de igualdad material se convierte en un criterio interpretativo primordial para evaluar la efectividad de la igualdad formal, y, por otro lado, constituye un principio autónomo dirigido a los poderes públicos y a todos los ciudadanos en la vida social, económica y política, cuyo contenido de carácter positivo consiste en lograr la igualdad, pero teniendo en cuenta los factores de diferenciación, como el sexo, la etnia, la clase social, la religión, la lengua, la ideología, entre otros.

Como se puede apreciar, la igualdad formal es la que se realiza predominantemente en el plano del Derecho, y de los derechos y deberes jurídicos, mientras que la igualdad sustancial o material busca mayor igualdad en el plano social, económico, político y cultural. Esto es consecuencia de que la igualdad formal, por sí sola, se ha mostrado ineficaz para lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres:

La igualdad ante la ley, a veces, es formal en el sentido de que exige cambios de actitudes y realidades sociales para las que las normas legales no son suficientes por sí solas, según lo sigue ejemplificando hoy en las sociedades occidentales la dificultad de lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, cuya igualdad en el plano jurídico es prácticamente absoluta: los derechos de igualdad están reconocidos; falta que los hechos correspondan más plenamente con ese ideal.¹⁷⁶

En efecto, en una realidad social caracterizada por la desigualdad, la generalidad de la ley no puede operar como instrumento de igualdad, sino más bien de prolongación de la desigualdad.¹⁷⁷ Frente a esta idea de la igualdad como una condición jurídica ya existente, se opone la concepción de la igualdad como una conquista política. Estas dos concepciones que aparecen enfrentadas, han logrado ser complementadas. Así, partiendo del principio de igualdad formal, los ordenamientos jurídicos han dado cabida al

¹⁷⁶ Alfonso Ruiz Miguel, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, 1996, pp. 40-41.

¹⁷⁷ Desde un punto de vista histórico, es necesario señalar que el Estado liberal de Derecho no necesita nada más que la igualdad formal. En efecto, el Estado liberal de Derecho alcanza plena vigencia con el triunfo político de la burguesía siendo fácil percibir que los derechos y libertades garantizados por la Constitución habían sido establecidos en su beneficio, desconociendo los derechos de otros colectivos, como los trabajadores, y desatendiendo otras necesidades como es el caso de la justa redistribución de la renta nacional. Así, Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del

principio de igualdad material. En algunos casos los intérpretes se han inclinado por una u otra concepción, dependiendo de sus opciones ideológicas, mientras que, en otras situaciones, han buscado la modulación recíproca de ambos principios:

[...] un análisis de la Constitución no puede prescindir de ninguno de sus preceptos, ni tampoco enfrentarlos, sino interpretarlos integradoramente. Cada uno de los dos preceptos que estamos considerando informa el Ordenamiento jurídico, y la actuación de los poderes públicos como lo que es: un principio jurídico y uno político respectivamente; pero uno y otro formulados en normas jurídicas vigentes y del mismo rango. La interpretación debe buscar la modulación recíproca de ambos principios. La igualdad jurídica no puede prescindir de la orientación política del régimen [...]. Viceversa: la igualdad como tarea política no puede hacerse de espaldas al Derecho, sino que debe encontrar en éste su cauce y su límite.¹⁷⁸

De esta manera, en el Estado social y democrático de Derecho la igualdad real sería la proyección más importante del principio jurídico de igualdad. Es decir, en un Estado social y democrático de Derecho, la igualdad ante la ley y en la ley busca que la igualdad sea efectiva. En este sentido, la ley debe evaluarse en términos de su capacidad para erradicar las discriminaciones que se producen en la realidad social.

Real Colegio de España, 1975, pp. 136-137.

¹⁷⁸ Antonio Torres del Moral, “¿Qué Igualdad?”, en *Revista de Derecho Político*, Núm. 44, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998, p. 94.

3.1.2. La especificidad del mandato antidiscriminatorio y las acciones

positivas o afirmativas

En este contexto, aunque el principio de no discriminación es una manifestación del principio general de igualdad de trato, su alcance es más intenso y distinto al de la simple prohibición genérica de desigualdades de trato arbitrarias. La especificidad del principio de no discriminación respecto del principio general de igualdad de trato reside en su sentido emancipatorio frente a fenómenos histórico-sociales de marginación que han situado a determinados grupos o categorías de personas en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona.¹⁷⁹ El significado del principio de prohibición de discriminación debe ser entendido con sustantividad propia y distinta de una general “no razonabilidad” de la medida diferenciadora:

[...] Se funda la prohibición de discriminación en el Estado social y en una concepción sustancial de la igualdad que toma en cuenta las enormes desigualdades fácticas entre los ciudadanos y sobre todo la existencia de grupos o colectivos sistemáticamente marginados, que sufren una «posición secundaria» respecto de los otros. En este caso, la comparación típica del juicio de igualdad tiene escasa trascendencia, ya que lo que realmente importa es el resultado de perjuicio de aquellos grupos o personas cuya dignidad es vulnerada por el mismo origen causal del perjuicio [...] ¹⁸⁰

¹⁷⁹ Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez, “Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 11, Madrid, Nueva Época-Ministerio de Justicia del Interior, 1994, p. 144.

¹⁸⁰ Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 59-60.

Estaríamos ante un concepto restringido de discriminación.¹⁸¹ Se trata de aquellas situaciones de desigualdad entre iguales, caracterizadas por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificatorio, que utiliza rasgos como el sexo, el origen étnico, la clase social, el nacimiento, la discapacidad, la religión, las opiniones u otros rasgos similares para atentar contra la dignidad y la igualdad de los sujetos que exhiben dichos rasgos. No obstante, también el legislador puede adoptar medidas que toman un rasgo asociado a prejuicios descalificatorios, pero esta vez con la finalidad de proteger a los colectivos tradicionalmente discriminados, o que se encuentran en una situación de grave desventaja social. Estas medidas reciben el nombre de medidas de acción positiva o afirmativa.

Las medidas de acción afirmativa o positiva suponen la creación de mecanismos de carácter diferenciado para favorecer a personas o colectivos que están o han estado discriminados, o que se encuentran en una situación de desventaja marcada. Las medidas de acción afirmativa son un tipo de normas características del Estado social de Derecho cuya función es promocional, es decir, utiliza medidas de estímulo, incentivo o alentamiento para motivar la realización de acciones o alcanzar fines considerados como favorables. En el caso de las mujeres, estas medidas, que incluyen tratamientos diferenciados, están orientadas a luchar contra los efectos de la marginación, la exclusión y la invisibilidad, y a obtener igualdad de derechos y oportunidades en diversos ámbitos como la educación, el trabajo y la participación en la toma de decisiones políticas.¹⁸²

¹⁸¹ Alfonso Ruiz Miguel, Ob. cit., 53-55.

¹⁸² Ver, por ejemplo, García Añón, José, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 319-320; y, María

La mujer ha estado tradicionalmente condicionada por el rol principal de esposa y madre que se le ha atribuido siempre. Incluso cuando consigue incorporarse al mercado de trabajo nunca se le permite perder de vista que ése no es su papel principal, que si acaso es colaboradora con el varón (para él ése sí que es su papel principal) en el sostenimiento económico de la familia, y que se le permite desarrollar esa función «secundaria» sólo en la medida en que sea capaz de compatibilizarla con su función «principal», sólo en la medida en que no descuide su papel de esposa y madre (o en que renuncie a él), lo cual la conduce a jornadas interminables para poder desempeñar eficazmente ambas funciones, a no disponer de tiempo libre, y a tener que hacer frente a los innumerables obstáculos que se le colocan en el camino hacia el pleno desarrollo de su faceta profesional.¹⁸³

Esa desigualdad real –y no formal– es la que justifica la puesta en marcha por parte de los poderes públicos de medidas de acción afirmativa o positiva. Se trata de acciones dirigidas a favorecer a colectivos históricamente marginados –como el de las mujeres– y tienen como finalidad superar la situación de discriminación que padecen, como grupo, garantizando la igualdad de oportunidades, reparando los efectos de las discriminaciones presentes y previniendo discriminaciones futuras.

Es por ello que, generalmente, la instrumentalización de las medidas de acción afirmativa suele producirse a través de los denominados “programas de igualdad de oportunidades”. Se trata de planes orientados a promover la participación equitativa de las mujeres en los procesos de elaboración y transmisión del conocimiento; equilibrar

José Añón, *Igualdad, Diferencia y Desigualdades*, México, D. F., Distribuciones Fontamara, 2001, p. 76.

¹⁸³ María Ángeles Martín Vida, “Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia ‘Marschall’”, en *Revista española de Derecho*

cualitativa y cuantitativamente la participación de las mujeres en el mundo laboral; promover un reparto equitativo de responsabilidades domésticas; incrementar su participación social y política; equilibrar la presencia de hombres y mujeres en todos los niveles educativos; garantizar el acceso de las mujeres a programas que financien empleo público directo, así como el acceso a puestos de responsabilidad en las empresas públicas y privadas; desarrollar programas específicos de subvención a la contratación indefinida, entre otros.¹⁸⁴ La legitimidad de estas medidas no suele ponerse en tela de juicio, pues se dice que son de tipo promocional; inciden en la igualdad de oportunidades; no afectan la igualdad de resultados; y, favorecen a las mujeres sin que simultáneamente perjudiquen a los hombres en situación similar.

Pero la respuesta a la legitimidad de las medidas de acción positiva debe situarse en el contexto del significado constitucional del principio de igualdad y la relación entre la igualdad de trato y la igualdad material. Las medidas de acción positiva son medidas de diferenciación que están orientadas a remover o eliminar los obstáculos que impiden la realización concreta de la igualdad de oportunidades y a transformar una situación de desigualdad, es decir, pretenden el logro de determinados resultados. Desde este punto de vista, pierde sentido una distinción absoluta entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados. Las acciones positivas deben ser diseñadas, implementadas y evaluadas, partiendo de su capacidad real para afectar tanto las oportunidades como los resultados sociales (bienes básicos, derechos efectivos, participación democrática,

Constitucional, N° 53, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 318.

¹⁸⁴ Ver: Teresa Pérez del Río, "La discriminación positiva", en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996, pp. 336-337; y, Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 69.

reconocimiento social).¹⁸⁵

Entre los elementos que caracterizan a las acciones positivas, un primer dato a considerar es la existencia de barreras que impiden la realización de la igualdad de oportunidades. Es la realidad de desigualdad, desventaja, inferioridad, exclusión o discriminación que limita las oportunidades de un grupo social respecto de otro, en los ámbitos económico, social, político o cultural, lo que motiva la adopción de acciones positivas. En segundo lugar, las medidas de acción positiva se establecen en favor de quienes se encuentran en una situación de desigualdad por pertenecer a un grupo social marginado o un colectivo minusvalorado por la posesión de rasgos, respecto de los cuales la sociedad ha adoptado históricamente una actitud de menosprecio. En tercer lugar, las medidas de acción positiva son de carácter temporal, es decir, tienen sentido mientras persisten los obstáculos que pretende eliminar y se mantienen las condiciones de desventaja que busca transformar. Las medidas de acción afirmativa se justifican si es posible demostrar que subsiste la minusvaloración de un determinado colectivo.¹⁸⁶

¹⁸⁵ María José Añón, *Ob. cit.*, pp. 47-50. La diferencia entre medidas que inciden la igualdad de oportunidades y medidas que afectan la igualdad de resultados ha sido establecida por quienes cuestionan la legitimidad de estas últimas, por considerar que causan un perjuicio a quienes no forman parte del grupo beneficiado por la medida. Así, entre las medidas que consideran legítimas porque únicamente favorecerían la igualdad de oportunidades de los grupos desaventajados estarían las políticas de formación y capacitación, las campañas de información o sensibilización social, etc., mientras que, medidas como la reserva de cuotas en el ámbito laboral, en la esfera universitaria, o en la representación política (de discriminación inversa), no gozarían de legitimidad porque, a diferencia de las primeras, éstas causarían un perjuicio a quienes no forman parte del grupo favorecido por la medida. Desde mi punto de vista, en el contexto del Estado Social de Derecho esta diferenciación no es adecuada, puesto que la concepción de igualdad que promueve el Estado Social contempla también una dimensión material de la misma orientada a transformar la situación de desigualdad en la que se encuentran las personas por pertenecer a determinados colectivos históricamente marginados del acceso a la educación, del acceso a recursos para la producción, del ejercicio efectivo del derecho a la participación política, del reconocimiento y visibilidad social, etc.

¹⁸⁶ Sobre el concepto de acciones afirmativas o de las políticas para llevar a cabo la protección del principio de igualdad o la lucha contra la discriminación no existe una definición normativa clara, ni acuerdo en la doctrina, ni en el plano social ni jurídico. Se trata de mecanismos diseñados y utilizados para favorecer a personas o colectivos –como las mujeres, los extranjeros, las minorías étnicas, minorías lingüísticas, personas con discapacidad– que están o han estado discriminados, o que se encuentran en una situación de desventaja en los ámbitos social, económico, laboral, político, educativo, asistencial, etc.

Según las funciones que cumplen, se distinguen tres clases de medidas de acción afirmativa: medidas de concienciación, medidas de facilitación y medidas de retribución.¹⁸⁷ En primer lugar, las medidas de concienciación son generalmente medidas de carácter publicitario o educativo que pretenden crear un estado de opinión o una sensibilización en torno a la situación de exclusión, marginación o desventaja en la que se encuentran algunos grupos sociales, como es el caso de las mujeres. De este tipo son por ejemplo las campañas de publicidad o el fomento de cursos de formación, en torno a la igualdad entre los sexos.¹⁸⁸

Las medidas de facilitación, de impulso o de promoción son las medidas tendientes a la eliminación de la desventaja (económica, laboral, educativa, política, social, familiar o de otra índole).¹⁸⁹ En este grupo, se distingue entre: a) medidas de incentivo para el aumento de los medios, como es el caso de las becas y las subvenciones; b) medidas de discriminación inversa, que se caracterizan porque en el caso de dos supuestos desiguales realizan un tratamiento desigualitario en beneficio del

Para un análisis de este tema: José García Añón, "Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa. Los problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo", en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, edit., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 249-283; "Representación política de las mujeres y cuotas", en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, N° 11, 2002, pp. 345-371; "Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes con relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad", en I. Campoy, edit., *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004, pp.75-112.

¹⁸⁷ García Añón, José, Ob. cit., p. 320.

¹⁸⁸ En este grupo María José Añón, Ob. cit., p. 53, menciona las medidas encaminadas a la sensibilización de la opinión pública sobre las situaciones de violencia que sufren las mujeres por su pertenencia al sexo femenino y las medidas orientadas a evitar la transmisión de estereotipos sexistas en los mensajes publicitarios y en los contenidos de los medios de comunicación.

¹⁸⁹ Ejemplos de este tipo de medidas serían las orientadas a erradicar los contenidos sexistas en la enseñanza, favorecer la permanencia de la mujer en todos los niveles educativos, garantizar condiciones de trabajo adecuadas especialmente en los casos de maternidad y lactancia, promover el reparto equitativo de responsabilidades familiares entre mujeres y hombres, proporcionar servicios de asistencia y atención a los hijos de mujeres trabajadoras, subvencionar servicios de guarderías y escuelas infantiles y priorizar el acceso de las madres solas a las prestaciones sociales existentes. Ver: María José Añón, Ob. cit., pp.

peor situado. Ejemplos de medidas de discriminación inversa pueden ser el establecimiento de baremos, y las cuotas o reservas de plazas en puestos de trabajo, centros de enseñanza o candidaturas, en beneficio del colectivo marginado; y, c) medidas de trato preferencial, es decir, el establecimiento de una prioridad o ventaja, en el supuesto de que exista una situación de partida semejante, en favor del grupo social que se encuentra en una situación de desventaja. Por último, las medidas de retribución, recompensa o sanción positiva son aquellas que se adoptan tras la realización de una acción querida, tal es el caso de una exención fiscal.

La determinación de la finalidad capaz de justificar la implementación de medidas de acción positiva es una decisión básicamente ideológica y política, pues tiene que ver con el concepto de sociedad que se defiende, por ello, el debate sobre las acciones positivas tiene componentes de carácter filosófico y político. Así, argumentos como la importancia de compensar a los colectivos históricamente discriminados y la necesidad de redistribuir equitativamente determinados bienes sociales, son desarrollados para justificar la utilización de acciones positivas, de manera especial, de medidas de discriminación inversa.¹⁹⁰

Quienes promueven la adopción de la discriminación inversa con base en la finalidad compensadora están convencidos que las medidas de este tipo constituyen un instrumento eficaz que permite a determinados colectivos, afectados por los efectos de discriminaciones pasadas, situarse en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad. Para compensar aquella injusta situación de discriminación, las medidas de

53-54.

¹⁹⁰ Ver, por ejemplo: David Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, tirant lo blanch, 1999, p. 166-171.

discriminación inversa favorecen a estos grupos, de manera temporal, hasta que se supere el estigma que pesa sobre ellos. Quienes se adhieren al argumento redistributivo sostienen que la puesta en marcha de medidas de discriminación inversa forma parte de una política de integración social orientada a eliminar las injusticias sociales, para lo cual es necesario redistribuir determinados bienes sociales, como el poder de decisión, el trabajo, la educación, etc., en forma equitativa. Esto implica evidenciar la existencia de un desequilibrio real y actual en contra de un colectivo, en este caso, de las mujeres.

De los dos argumentos, es el discurso de la compensación el que mayor debate ha generado. Se dice que la idea de una desigualdad o discriminación anterior como causa de legitimidad de las acciones positivas resulta de dudosa procedencia teórica; que el hecho de situar la desigualdad material en el pasado oculta la realidad actual de exclusión, marginación y discriminación. Por esta razón, se plantea que la adecuación constitucional de las acciones positivas –y, más específicamente, de las medidas de discriminación inversa– debe obedecer al desequilibrio de oportunidades que exista en la actualidad. En efecto, la finalidad de la acción positiva no es poner remedio a discriminaciones pasadas o anteriores, sino impedir las discriminaciones actuales y contribuir a la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

De las acciones positivas, la discriminación inversa es la que suscita mayor discusión. Las medidas de discriminación inversa están orientadas a eliminar la exclusión-subordinación-discriminación de origen histórico de determinados grupos sociales, evidenciada en una significativa menor presencia de los integrantes de dichos colectivos en los distintos espacios de participación social. Las medidas de discriminación inversa, especialmente aquellas orientadas a una reserva de cuotas en el ámbito laboral, en la esfera universitaria, o en la representación política, han sido

sometidas a duros cuestionamientos, debido a que, en opinión de algunos sectores, estarían siendo adoptadas al margen de la consideración del principio del mérito, o porque no toman en cuenta posibles excepciones individuales basadas en las circunstancias personales de cada caso, o por el supuesto perjuicio que causan a los derechos de quienes no forman parte del grupo favorecido por la medida, o porque realizan directamente una igualdad de resultados y no sólo de oportunidades.

Un primer ámbito de discusión se desarrolla a partir de la diferencia entre cuotas flexibles y cuotas rígidas. Como se sabe, las medidas de discriminación inversa se aplican con el objeto de que las mujeres dejen de estar subrepresentadas en sectores como el empleo, la educación o la representación política. A fin de poder considerar cuándo estamos frente a una subrepresentación se establecen porcentajes, por debajo de los cuales se entiende que el objetivo no se está cumpliendo. La manera como las medidas pretenden luchar contra el fenómeno de la subrepresentación daría lugar a dos tipos de cuotas: las rígidas y las flexibles.¹⁹¹

La cuota flexible sería la cuota constitucionalmente admisible por ser lo suficientemente proporcional. Así, en los procesos de selección, la consideración de la pertenencia al grupo estigmatizado sería un factor más y no el único factor a tener en cuenta. La mayoría de los planes de igualdad de oportunidades también serían flexibles, ya que aplican determinados correctivos con el fin de que no exista un daño excesivo a “los derechos de la víctima de dichos planes” y, en consecuencia, se garantice la proporcionalidad. Por el contrario, la constitucionalidad de la cuota rígida es rechazada porque no respetaría la necesaria proporcionalidad que el trato desigual requiere. Se

¹⁹¹ David Giménez Gluck, Ob. cit., pp. 82-195.

rechaza su legitimidad con el argumento de que a través de la cuota rígida se establecerían porcentajes para determinados grupos que hay que cubrir sin tener en cuenta otros factores, como la diferencia en el mérito, o posibles excepciones individuales basadas en las circunstancias personales de cada caso, lo cual produciría una desproporción entre el efecto provechoso de la medida y el daño que se produce a terceros.

En otras palabras, las cuotas flexibles permitidas serían las de trato preferencial, siempre y cuando la preferencia por parte del sujeto que forma parte del grupo en desventaja no sea automática; es decir, que exista la posibilidad de utilizar otros elementos en los que se tengan en cuenta todas las circunstancias de los sujetos. Las cuotas prohibidas, las rígidas, serían las propias de las medidas de discriminación inversa y las de trato preferente, que conceden la preferencia de forma automática. Pero esta distinción entre cuotas flexibles y cuotas rígidas también es cuestionada.¹⁹² Se señala que esta forma de presentar la diferencia entre cuotas flexibles y cuotas rígidas produce confusión terminológica y favorece la estigmatización de las medidas de discriminación inversa.

Una segunda línea de debate se produce en torno a la afirmación de que la discriminación inversa perjudica a los individuos que no pertenecen al colectivo beneficiado por la medida. Así, en contra de las políticas de discriminación inversa se construye un argumento según el cual los hombres sufrirían un perjuicio en razón de la discriminación de la que fueron objeto en el pasado las mujeres. Los varones aparecen

¹⁹² Ver, por ejemplo, García Añón, José, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2002, p. 322.

como las víctimas del trato diferenciado, en razón de su pertenencia no-voluntaria al grupo de los varones. Este argumento ha servido para establecer una diferencia entre las acciones positivas para el fomento de la igualdad y las medidas de discriminación inversa en favor de las mujeres. Desde esta perspectiva, no toda acción positiva para la igualdad de las mujeres provocaría una víctima; el impacto negativo sobre las oportunidades de los hombres sería una consecuencia sólo de las medidas de discriminación inversa establecidas en beneficio de las mujeres. Se dice que reservar en exclusiva a las mujeres un determinado número de puestos de trabajo o de lugares en las listas electorales, o bien otorgarles preferencia, conllevaría un perjuicio para los varones similarmente situados. En definitiva, el beneficio que las medidas de discriminación inversa otorgan a las mujeres (o a personas de otros grupos históricamente discriminados) tendría como contrapartida un perjuicio en contra de los varones (o de otras personas que no pertenecen al grupo beneficiado por dichas medidas).¹⁹³

Bajo este análisis, las medidas de acción positiva serían legítimas en tanto que las medidas de discriminación inversa serían ilegítimas. En otras palabras, mientras las acciones positivas deben adoptarse por exigencia constitucional del principio de igualdad sustancial, para eliminar situaciones de inferioridad social o económica o para remover y eliminar las desigualdades materiales entre los sujetos, las discriminaciones inversas serían contrarias al Derecho Constitucional.

¹⁹³ Ver: Manuel Atienza, “Un comentario al caso Kalanke”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, 1996, p. 119; Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 70-71 y “La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 47, Madrid, 1996, pp. 325-328; y, Teresa Pérez del Río, “La discriminación positiva”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996, pp. 327-328.

Desde otra perspectiva, se duda de la solvencia de dicho argumento y se cuestiona la carga peyorativa que asigna a la discriminación inversa. Se sostiene que concebir como discriminatorio el impacto negativo que puedan causar estas medidas sobre sujetos individualmente considerados implica trivializar el concepto de discriminación:

[...] No me parece que se pueda afirmar que el impacto que tienen las medidas de “discriminación positiva” en relación con las mujeres sobre los hombres esté motivado por la minusvaloración del grupo social, que a través de esas medidas se sitúe a los hombres en condiciones de desventaja social y que todo ello esté orientado precisamente a mantener la situación de desigualdad. Antes bien, me parece más adecuado decir que los efectos que tienen estas medidas en relación con los grupos a quienes no se aplican son efectos de la redistribución de oportunidades.¹⁹⁴

Así es. Las medidas de discriminación inversa no contienen una motivación social despectiva o minusvaloradora. Su finalidad es conseguir una situación social más igualitaria de colectivos históricamente marginados, de grupos injustamente discriminados. Finalmente, su objeto afecta a la distribución de derechos o bienes sociales en los que, en diferentes contextos, se aceptan restricciones legales, precisamente, en virtud de una finalidad social.¹⁹⁵

Una tercera línea de controversia se desarrolla a partir de la distinción entre igualdad de oportunidades versus igualdad de resultados. En contra de la legitimidad de las medidas de discriminación inversa se manifiesta que, mientras la acción positiva

¹⁹⁴ María José Añón, Ob. cit., p. 56.

incide en las condiciones de acceso a los derechos, es decir, opera en el “punto de partida”, la discriminación inversa o positiva garantiza la consecución de un resultado concreto, es decir, actúa en el “punto de llegada”. Se defiende que lo que se debe igualar entre hombres y mujeres son las oportunidades no los resultados. Se recalca que, si lo que se busca a través de las medidas de discriminación inversa es la igualdad de resultados, entonces se estaría atentando contra la libertad individual.¹⁹⁶

Sin embargo, dicho argumento ignora el momento en que se producen las discriminaciones en contra de las mujeres. Frecuentemente, en los procesos de selección, a pesar de existir igualdad de méritos y capacidad entre hombres y mujeres, se suele escoger al candidato masculino, quien disfruta de una preferencia social implícita. De esta manera, las mujeres continúan estando infrarrepresentadas. Éste es un indicio de discriminación presente al momento de aplicar los criterios de selección, es decir, en los resultados. Por lo tanto, medidas como las cuotas y las preferencias son necesarias para eliminar este tipo de discriminación.¹⁹⁷

Partiendo del hecho de que dos candidatos, pese a tener idéntica cualificación, si pertenecen a sexos distintos no tienen iguales oportunidades de conseguir el bien, derecho o posición a que aspiran, se hace imprescindible reforzar las posibilidades de lograr ese bien, conseguir ese derecho, o alcanzar esa posición para quien se halla en una situación de inferioridad o subordinación:

¹⁹⁵ Alfonso Ruiz Miguel, Ob. cit., pp. 130-131.

¹⁹⁶ Teresa Pérez del Río, Ob. cit., p. 328; y, Fernando Rey Martínez, “La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 47, Madrid, 1996, pp. 328-329.

¹⁹⁷ Ver el artículo de Lucía Millán Moro, “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: Igualdad formal *versus* igualdad sustancial (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, *Kalanke* y de 11 de

Quienes compartan una concepción estrictamente formalista de la no discriminación por razón de sexo no serán partidarios de las medidas de acción positiva o en todo caso no lo serán de las más incisivas de éstas. Por el contrario, los partidarios de una visión más abierta de la no discriminación por razón de sexo para los cuales la palmaria desigualdad de oportunidades en que se encuentran las mujeres frente a los hombres sea un atentado evidente a aquel principio de no discriminación apoyarán medidas que permitan avanzar hacia una igualdad de oportunidades de los dos sexos, aun a costa de sacrificios provisionales de la igualdad formal.¹⁹⁸

Como podemos ver, en el fondo de la polémica estaría la defensa de distintas concepciones de la igualdad y de la justicia. Las políticas de acción afirmativa hacen referencia al carácter de la política estatal llevada a cabo por un modelo de Estado social o interventor, contrapuesto en este sentido al Estado liberal clásico teorizado en torno a las acciones negativas. La igualdad del modelo de Estado social de Derecho no sólo incluye las facetas de la equiparación y de la no discriminación, sino también la de la compensación. Por ello, se critica la reducción que se hace de las medidas de acción afirmativa a aquellas que sean compatibles con la igualdad de oportunidades, ya que en un Estado social de Derecho el concepto de igualdad contempla tanto la dimensión formal como la material.¹⁹⁹

noviembre de 1997, as. C-409/95, *Marschall*), en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N°3, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 195.

¹⁹⁸ María Ángeles Martín Vida, “Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia ‘Marschall’”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 53, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 325.

¹⁹⁹ García Añón, José, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2002, pp. 333-336.

En esta misma dirección, se cuestiona la visión formal de la igualdad, de acuerdo con la cual el Estado debe ser neutral y la justicia puede ser entendida al margen del contexto histórico-social. Por otro lado, si bien la visión procedimental de la igualdad de oportunidades reconoce los límites de la noción formal de igualdad, no obstante, sostiene que el Estado debe poner a todos en el mismo punto de partida sin preferencias en el punto de llegada por el hecho de pertenecer a un determinado grupo o colectivo. Por el contrario, la visión sustancial de la igualdad, recalca que la noción de justicia no es puramente formal, ya que al analizar las relaciones sociales es posible constatar la existencia de grupos que sufren desigualdades y perjuicios, por ello, la igualdad de resultados es la extensión lógica de la igualdad de oportunidades.²⁰⁰

Se trata de un aparente antagonismo entre la igualdad formal y la igualdad material o sustancial que enfrenta la búsqueda de la igualdad-justicia particular (“individuo real”) a la igualdad-justicia de grupo (“grupo abstracto”).²⁰¹ Cualquier medida de acción positiva responde al principio de igualdad de oportunidades, que persigue garantizar la igualdad efectiva. Aunque la realización de la igualdad efectiva pueda requerir la adopción de medidas discriminatorias, el objetivo último de estas medidas es enfrentar la discriminación. Por ello, la igualdad formal y la sustancial son complementarias.

Por lo expuesto, se puede afirmar que “igualdad de oportunidades” no significa igualdad únicamente en los puntos de partida sino también paridad en los puntos de llegada. Si reducimos el concepto de igualdad de oportunidades a los puntos de partida,

²⁰⁰ Aida Kemelmajer de Carlucci, “Las acciones positivas”, en *Jueces para la Democracia*, N° 41, Madrid, 2001, pp. 55-56.

²⁰¹ Carmen Otero García-Castrillón, “Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la política social comunitaria”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N°12, Madrid, Centro de

el resultado podría ser desigual y las mujeres –como colectivo históricamente discriminado– permanecerían en situación de desventaja:

Igualdad de oportunidades significa, entre otras cosas, también la posibilidad para los miembros de un grupo desaventajado (el género femenino, en este caso) de competir con armas parejas con quienes pertenecen a un grupo aventajado. Dar «oportunidades» iguales significa entonces, y sobre todo, poner a quienes pertenecen a un grupo desaventajado en condiciones de obtener un resultado igual. El primer significado de igualdad de oportunidades es por tanto el restablecimiento de condiciones de paridad en los puntos de partida entre los pertenecientes a los dos sexos. La (sola) paridad en los puntos de partida, sin embargo, no garantiza por sí iguales resultados.²⁰²

La noción procedimental de la igualdad de oportunidades se conforma con poner a los miembros del grupo marginado en condiciones de competir aunque ello no necesariamente corrija la situación de desventaja en la que se encuentran. El énfasis está puesto en los individuos considerados al margen del grupo al que pertenecen, negando el carácter problemático de la infrarrepresentación grupal. Por el contrario, si el objetivo de la acción positiva es lograr una adecuada representación del grupo desaventajado, entonces la noción de igualdad en los resultados no será extraña a la igualdad de oportunidades. A partir de lo dicho es posible afirmar que la igualdad sobre la que incide la acción positiva está referida a la de los grupos. Sin embargo, el caso de las mujeres es singular, pues no constituyen propiamente un “grupo” sino la mitad de la

Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, pp. 493-494.

²⁰² María Vittoria Ballestrero, “Acciones positivas. Punto y aparte”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, 1996, p. 100.

población. Las mujeres –blancas y negras, mestizas e indígenas, ricas y pobres, adultas y jóvenes, cultas y analfabetas, urbanas y rurales– constituyen una comunidad de género:

Durante siglos la comunidad de género ha sido, por sí misma, causa de exclusión social y política; la llegada del derecho igual, sin distinción de sexo, ha suprimido la correlación entre género y exclusión, pero no ha eliminado la prolongación de los efectos de la exclusión. Hoy, en la medida en que existe el principio de igualdad, lo que confiere a la comunidad de género un valor de «grupo» es el hecho de que, respecto de situaciones determinadas (el empleo, las posiciones profesionales de nivel superior, los puestos de responsabilidad, los cargos electivos, etc.), las mujeres aparecen como «grupo desaventajado», en cuanto que sistemáticamente infrarrepresentado.²⁰³

Pero hay más. La expresión “discriminación positiva o inversa” en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio se empieza a utilizar cuando en un contexto de competitividad por un bien escaso, se aplican medidas que prevén tratos diferenciados dependiendo del grupo de pertenencia de los individuos y en los que se matiza la importancia del “mérito”. Esta expresión se comienza a emplear cuando los individuos que no pertenecen a los grupos subordinados se consideran víctimas de la medida de acción positiva diferenciadora, y plantean las correspondientes demandas ante los tribunales. No se trata de una expresión propia del Derecho antidiscriminatorio, esto es, pensada para designar una acción destinada a la erradicación de la discriminación de los grupos marginados. En el contexto del Derecho antidiscriminatorio la utilización de la

expresión “discriminación inversa o positiva” resulta tendenciosa, ya que, mientras la acción positiva es presentada como oportuna, justa y adecuada a la Constitución, la discriminación inversa o positiva aparece como inoportuna, radicalmente injusta e inconstitucional. Una distinción en estos términos lo único que hace es connotar favorablemente la acción positiva y negativamente la discriminación inversa.²⁰⁴

Por las razones expuestas, el empleo de la expresión “discriminación inversa o positiva” limita la concepción de la igualdad y de la justicia, propias del Derecho antidiscriminatorio. Si se denomina discriminación a la situación de desigualdad que sufre alguien por su pertenencia a un grupo subordinado, en estricto sentido, no se puede denominar de la misma manera la situación de quien, perteneciendo al grupo dominante, se siente afectado por una medida dirigida a revertir la desigualdad. No parece adecuado asumir una postura contraria a la legitimidad de las medidas de discriminación inversa o positiva, al margen de un análisis específico de las condiciones en que hayan sido planteadas y de los requisitos propuestos por dichas medidas.

Por lo expuesto, es necesario hacer referencia al concepto de discriminación de grupos. Frente a la opinión que asegura que el lenguaje de grupos (aunque se trate de grupos sociales en desventaja) es “un cuerpo extraño” en el ejercicio de los derechos fundamentales; que es siempre la persona individualmente considerada y no el grupo social el titular del derecho fundamental a no ser discriminado; y, que no se puede condicionar el otorgamiento de ventajas o de perjuicios en el ejercicio del derecho a su

²⁰³ María Vittoria Ballestrero, Ob. cit., 92-93.

²⁰⁴ Ma. Ángeles Barrère Unzueta, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1997, pp. 85-122 y “De la acción positiva a la discriminación positiva en el proceso legislativo español”, en *Jueces por la democracia*, N°51, Madrid, 2004, pp. 28-29.

pertenencia o exclusión de un grupo²⁰⁵, se opone el concepto de discriminación grupal propio del Derecho antidiscriminatorio.

En este caso, el concepto de discriminación hace referencia a la situación en la que se encuentran ciertos grupos portadores de determinados rasgos –como el sexo, la raza, la clase social, la edad, la religión, la opinión o ideología política–, que se traduce en una histórica y sistemática restricción para el acceso y ejercicio de sus derechos. Los efectos colectivos de la discriminación hacen que el tratamiento peyorativo que reciben los individuos integrantes de los grupos subordinados se deba, precisamente, a su pertenencia al grupo. Por esta razón, los efectos colectivos de la discriminación deben ser neutralizados a través de medidas de alcance también colectivo. En este contexto, las medidas de acción positiva se adoptan con la finalidad de eliminar los obstáculos que se oponen al igual disfrute de los derechos de ciudadanía por parte de los individuos que integran aquellos colectivos que se encuentran en situación de exclusión.²⁰⁶

Pues bien, si el problema de la desigualdad de las mujeres no es sólo individual sino fundamentalmente grupal, la previsión de medidas como las cuotas, al tiempo que facilita individualmente a algunas mujeres la obtención de ciertos resultados, también es una estrategia para aumentar las iguales oportunidades de las mujeres conjuntamente

²⁰⁵ Fernando Rey Martínez, “La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 47, Madrid, 1996, pp. 327-328.

consideradas. Así, la llamativa desigualdad de hecho que en puestos y actividades de prestigio afecta a la igualdad de oportunidades de las mujeres puede ir siendo corregida mediante la facilitación de su ocupación y desempeño por ellas, de forma que sirvan de modelos de rol positivos para otras mujeres y para el conjunto de la sociedad:

[...] en cuanto entra en juego la variable del grupo, la preferencia en ciertos resultados hacia algunos individuos que forman parte del grupo tradicionalmente discriminado sobre individuos del grupo tradicionalmente privilegiado puede cumplir dos funciones: por un lado, incrementar la igualdad de resultados globales entre los dos grupos, que, por hipótesis, son desiguales en tal aspecto como efecto de la discriminación tradicional; y, por otro lado, realizar una más apropiada igualdad en las oportunidades del conjunto de las personas pertenecientes al grupo tradicionalmente discriminado, al alentarlas a dotarse de la formación y las condiciones necesarias y a no desistir de intentar ocupar lugares considerados inaccesibles o de muy difícil acceso.²⁰⁷

Sin embargo, la acción positiva –que se establece en contra de la discriminación de los grupos y de los individuos que integran los mismos– podría llegar a afectar a individuos que no pertenecen a dichos colectivos, pero este supuesto perjuicio no puede

²⁰⁶ Teresa Pérez del Río, Ob. cit., pp. 323-325. Ejemplos de estas medidas son: El sistema de cuotas adoptado a través de las llamadas leyes de cuotas o de cupos, que modifican la normativa electoral, estableciendo que las listas de candidatos que presenten los partidos políticos deberán tener un determinado porcentaje de mujeres en puestos que les permitan resultar electas. Su finalidad es promover la incorporación de las mujeres –como grupo– en los poderes legislativos (Marcela V., Rodríguez, “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, edit., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 287); las políticas de cuotas raciales en el campo del empleo y la educación que reservan un determinado porcentaje de cargos o de cupos en la educación universitaria para afro-descendientes (John Antón Sánchez, “Afroecuatorianos: Reparaciones y acciones afirmativas”, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, edit., op. cit., p. 333).

²⁰⁷ Alfonso Ruiz Miguel, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante,

ser considerado como una discriminación. El Derecho antidiscriminatorio presupone un concepto de discriminación grupal que se refiere a la violación de la igualdad de los grupos. En este contexto intentar contraponer la discriminación grupal a la discriminación individual supone vaciar de contenido el discurso del Derecho antidiscriminatorio.

Algunos elementos configuran la discriminación que afecta a las mujeres o al sexo femenino, en cuanto grupo.²⁰⁸ La discriminación que sufren las mujeres tiene características propias y específicas: en primer lugar, las mujeres no constituyen una minoría sino que representan la mitad de la población. Con frecuencia, los prejuicios que están en la base del trato discriminatorio se sustentan en un pretendido afán protector.²⁰⁹ Además, la discriminación que se dirige en contra de las mujeres presenta un *plus* respecto de cualquier otro tipo de discriminación, de esta manera, una persona podrá ser discriminada por su color, su religión, su discapacidad, su edad, su clase social, etc., pero, por ser mujer, tendrá un motivo de discriminación añadido. Por otra parte, la discriminación en contra de las mujeres es un fenómeno que está presente en sociedades y organizaciones estatales diversas. Finalmente, está la peculiaridad que adquiere la discriminación de las mujeres en el ámbito familiar frente a otras situaciones de subordinación que se presentan en el entorno doméstico.

Por ello, si bien la acción positiva es una estrategia importante para buscar la

1996, pp. 137-138.

²⁰⁸ Ver: Ma. Ángeles Barrère Unzueta, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1997, pp. 28-29 y la misma autora en: “De la acción positiva a la “discriminación positiva en el proceso legislativo español”, en *Jueces por la democracia*, N°51, Madrid, 2004, pp. 27-28.

²⁰⁹ Por ejemplo, las leyes que prohibieron la realización de trabajos peligrosos, insalubres, en minas, o en horario nocturno, por parte de las mujeres, aunque históricamente fueron adoptadas con la finalidad de proteger a la mujer, en la práctica, reforzaron la división sexual del trabajo y limitaron el ejercicio de los

igualdad de oportunidades, no resuelve por sí sola la complejidad de la discriminación que sufren las mujeres, como colectivo. Las políticas de acción positiva no pueden estar orientadas sólo a garantizar la presencia de las mujeres en aquellos espacios –públicos– en los que estaban ausentes o subrepresentadas. Las políticas antidiscriminatorias también deberían considerar la posición social de las mujeres en otros ámbitos –como el doméstico– y plantearse, además, el problema de la ausencia de los varones de determinados espacios y actividades. Esto supone diseñar políticas antidiscriminatorias con objetivos más amplios que la mera búsqueda de igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el ámbito público. La igualdad de oportunidades podría considerarse como el punto de partida para el desarrollo de nuevas políticas orientadas a cambiar la organización social de base que genera la subordinación de las mujeres, alterar la dicotomía entre las actividades públicas y privadas, y afectar el entramado estatal, social, comunitario y familiar que reproduce relaciones sociales de discriminación.²¹⁰

3.1.3. El principio de igualdad en la jurisprudencia latinoamericana

A través del análisis de las decisiones judiciales es posible descubrir cómo se ha ido construyendo una teoría de la igualdad entre los sexos en la Región. Una aproximación a la jurisprudencia latinoamericana muestra el paso de una concepción formal a una idea sustantiva de la igualdad. El análisis de los fallos judiciales da cuenta

derechos laborales de las mujeres. En el fondo este tipo de medidas están guiadas por los mismos valores que destinan a las mujeres a una situación de inferioridad social.

²¹⁰ Judith Astelarra, “Alcance y limitaciones de las políticas de igualdad de oportunidades”, en Guadalupe León, comp., *Ciudadanía y participación política*, Quito, CEIME, 1998, pp. 17-24.

del proceso a través del cual temas como la discriminación experimentada en espacios y relaciones privados llega a ser objeto de consideración pública. Los problemas jurídicos vinculados a las demandas de igualdad de las mujeres, que pueden ser extraídos de esta jurisprudencia, abordan temas como la habilitación legal de las mujeres para desempeñar cargos y funciones que les eran prohibidos, el problema de la capacidad jurídica de la mujer casada, y la discriminación por motivos de género.²¹¹

Así, por ejemplo, a inicios del siglo XX, una mujer exige que se le tome juramento como requisito para ser inscrita en el registro de escribanos. A pesar de que la ley argentina no contemplaba incapacidad alguna de las mujeres para ejercer esta actividad, las cámaras de apelación deciden que si la mujer no puede comparecer como testigo en la celebración de instrumentos públicos, con menor razón podrá desempeñar funciones notariales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina revoca la decisión apelada y prohíbe la interpretación extensiva de restricciones a los derechos de las mujeres:

Que por lo demás, sin entrar al examen de la condición jurídica de la mujer en nuestra legislación, porque ello importaría extralimitar el debate de estos autos, corresponde insistir sin embargo, en que sean cuales fueren las restricciones que le están impuestas, ninguna autoriza a imponerle otras por interposición extensiva de aquéllas, oponiendo así injustificados reparos a las garantías primarias de la Constitución, como son la de la igualdad ante la ley, el derecho de aprender, de trabajar, de no ser privado de lo que la ley no prohíbe, con las que no puede armonizar una decisión judicial que anula de hecho, sin

²¹¹ Cristina Motta, “Ciudadanía”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, pp. 43-44.

fundamento legal expreso, un título de idoneidad profesional legítimamente adquirido.²¹²

A finales del siglo XX una mujer panameña demanda ante la Corte Suprema de Justicia la inconstitucionalidad de la norma del código de comercio que establecía que los mayores de edad podían confirmar válidamente las obligaciones contraídas con actos de comercio ejecutados por ellos durante su minoría de edad. Asimismo señalaba como válidos los actos mercantiles ejecutados por la mujer sin licencia expresa ni tácita del marido, cuando aquéllos habían sido objeto de una ratificación posterior por él. La Corte Suprema de Justicia de Panamá declaró la inconstitucional la norma demandada:

A juicio del Pleno el párrafo segundo del artículo 26 del Código de comercio viola el artículo 20 de la Constitución Política que consagra el principio de igualdad ante la ley. Y esto es así porque el párrafo segundo del artículo 26 del Código de comercio da un tratamiento jurídico distinto a la mujer casada, por razón de su estado civil, quien no puede ejercer libremente actos de comercio ya que necesita que los mismos sean ratificados por su marido. Este tratamiento desigual, esta discriminación a la mujer casada constituye una violación del principio constitucional de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Carta Magna [...]²¹³

Estos ejemplos demuestran que los problemas jurídicos que se someten a la decisión de los máximos organismos de administración de justicia (la incapacidad de las

²¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Ángela Camperchioli, 24 de noviembre de 1921. Ver: Cristina Motta, "Ciudadanía", Ob. cit., 48.

²¹³ Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acción de inconstitucionalidad del artículo 26 del Código de comercio, 8 de febrero de 1994. Ver: Cristina Motta, Ob. cit., p. 49.

mujeres para desempeñar determinados oficios y la validez de los actos mercantiles ejecutados por la mujer casada) son abordados dentro del marco de la igualdad formal con un marcado énfasis en el principio de legalidad. Más adelante la jurisprudencia de la Región se orientará por la igualdad material, concibiendo al derecho como un instrumento capaz de remover los obstáculos que impiden la plena participación de las mujeres, para lo cual utilizará argumentos no solo de carácter jurídico sino también político.

Ejemplo de lo afirmado se produce cuando los padres de algunos alumnos del colegio Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, presentan un recurso de amparo a fin de que el Consejo Superior de la Universidad impida el ingreso de mujeres a dicho establecimiento de educación secundaria. La Cámara rechaza la acción y la Corte Suprema de Justicia confirma la sentencia apelada:

Que lo expuesto evidencia que la Universidad Nacional de Córdoba, al disponer que las inscripciones en el Colegio Nacional de Monserrat se efectuarán sin distinción de sexo, no sólo ha actuado como órgano competente dentro de la esfera de sus atribuciones, sino que, más aún, ha removido un valladar discriminatorio –que hoy resulta moral y jurídicamente abominable– que impedía la plena participación de las jóvenes cordobesas en la vida educacional y cultural de su provincia. La Universidad Nacional de Córdoba ha exteriorizado, también, su voluntad de cumplir con las convenciones internacionales que obligan al país a integrar a la mujer en todos los aspectos de la vida social y a eliminar los obstáculos discriminatorios que se interpongan en ese camino.²¹⁴

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Cristina González de Delgado y otros contra

Estos fallos muestran cómo los jueces de la Región han aportado a la igualdad de la mujer, al cuestionar la noción de la “incapacidad de las mujeres”, dismantelar el concepto de “incapacidad derivada del matrimonio” y hacer efectiva la prohibición constitucional de la discriminación por razones de género. Estos casos evidencian los cambios producidos en la forma de argumentar de los jueces, partiendo desde el silogismo puro, basado en la pretendida neutralidad de la acción judicial, hasta incorporar argumentos políticos, sociológicos y éticos en las decisiones judiciales. Se encuentran también aquellos esfuerzos por parte de los jueces de la Región, especialmente durante la década del noventa, para definir un concepto de igualdad sustancial, incorporando argumentos extrajurídicos en la aplicación del derecho, y así defender la constitucionalidad de normas que generan un tratamiento discriminatorio en favor de las mujeres cuando con ello se las compensa por la histórica situación de exclusión. Estas decisiones han generado una amplia jurisprudencia que reconoce la legitimidad de las acciones afirmativas.²¹⁵

En este grupo de decisiones se encuentra aquella originada en la demanda presentada por un ciudadano colombiano, para que se declare la inconstitucionalidad de la ley que creaba el sistema de seguridad social integral. Dicha ley establecía requisitos de edad diferenciados según el sexo, que favorecían a las mujeres, a quienes se les exigía menor edad que a los hombres, para el acceso y disfrute de la pensión de vejez. La Corte Constitucional de Colombia negó la pretensión del actor afirmando que la igualdad sustancial tiene un carácter remedial en favor de personas y grupos que han sido colocados en condiciones de inferioridad:

Universidad Nacional de Córdoba, 19 de septiembre de 2000, Ver: Cristina Motta, Ob. cit., p. 52.

²¹⁵ Cristina Motta, Ob. cit., pp. 53-57.

La igualdad sustancial alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho. Las causas que subyacen a situaciones de esta índole tienen que ver, entre otros aspectos, con la escasez, con necesidades no satisfechas del ser humano, con fenómenos históricos de segregación y marginación o con injusticias del pasado que se pretende subsanar. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos.²¹⁶

Para la Corte Constitucional colombiana la constatación de que ciertos individuos y grupos, pese a ser iguales ante la ley no lo son en la realidad, permite justificar la adopción de medidas de acción positiva dirigidas mejorar las condiciones en las que se desenvuelven. En coherencia con esta visión de la igualdad sustancial, se plantea que la exclusión de la discriminación por razón de sexo no hace referencia únicamente a la prohibición, sino que comprende también el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad impuesta al colectivo femenino, lo cual autoriza la adopción de medidas positivas, dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en diversos órdenes de la vida social.

En un caso similar, se demanda de inconstitucionalidad de una ley peruana que modificaba el cálculo de las pensiones de cesantía e invalidez estableciendo diferencias

²¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-410 de 1994, Ver: Cristina Motta, Ob. cit. p. 59.

entre hombres y mujeres que benefician a estas últimas. La ley también exigía, para el caso de la pensión de viudez, que el hombre acredite incapacidad de subsistir por sus propios medios y que carezca de sistema de seguridad social, exigencia que no se extendía a la mujer. La Corte Suprema de Justicia del Perú negó la demanda y confirmó la constitucionalidad de las normas demandadas al considerar que constituyen una legítima acción afirmativa a favor de las mujeres:

Si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada. Buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico [...] ²¹⁷

Acorde con los postulados del Derecho antidiscriminatorio, la Corte vincula la aplicación de las medidas de acción positiva a la necesidad de luchar contra la discriminación que sufren los colectivos, no los individuos aisladamente considerados. El criterio que orienta la resolución es la presunción de exclusión social de determinados colectivos, derivada de las cláusulas específicas de no discriminación. En tal sentido, se señala que existe un amplio margen de presunción de constitucionalidad

²¹⁷ Corte Suprema de Justicia del Perú, Inconstitucionalidad de la ley 28449. Ver: Cristina Motta, Ob. cit., p. 63.

respecto de las medidas que favorecen a los colectivos minoritarios o socialmente postergados, como es el caso de las mujeres, determinados grupos étnicos, algunos grupos religiosos, los extranjeros, entre otros.

Haciendo un balance de la contribución de estas resoluciones a la igualdad de las mujeres, puede afirmarse que la adopción constitucional de la igualdad material o sustantiva desarrollada por la Corte colombiana representa un adelanto teórico político-jurídico decisivo para la Región. Es evidente que para el Alto Tribunal el significado del principio de igualdad material requiere valoración y no simple aplicación, cuando afirma que la igualdad sustancial tiene un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad. Esta posición es ratificada por la Corte Peruana cuando sostiene que las mujeres permanecen relegadas y sometidas a patrones culturales patriarcales. Pero también el análisis de la jurisprudencia latinoamericana revela cómo los discursos judiciales configuran la identidad femenina, haciendo de las diferencias basadas en el sexo mecanismos de subordinación.²¹⁸ A continuación se presentan dos resoluciones que ejemplifican esta afirmación.

En el primer caso, se demanda la inconstitucionalidad del artículo 196 del Código penal salvadoreño que establecía, dentro del Título dedicado a los “delitos contra el pudor y la libertad sexual” que: “La violación cometida en mujer que se dedicare a la prostitución, será sancionada con prisión de tres meses a dos años”. La actora considera que este artículo atenta contra el principio de igualdad jurídica, el derecho al honor, la intimidad personal y a la propia imagen, ya que sanciona este delito

²¹⁸ Cristina Motta, Ob. cit. pp. 74-85.

de forma muy leve. La Corte Suprema de Justicia de El Salvador desestima la acción y confirma la constitucionalidad de la norma cuestionada:

[...] Aquí, el término “honestidad” [...] está tomado en un sentido de moralidad sexual. La figura delictual como rendida en el art. 196 del Código penal puede, entonces, ser considerada como un tipo de violación atenuada, en atención al sujeto pasivo que no llena las condiciones de moralidad sexual exigidas para el tipo de violación propia. Si bien no se deja sin protección y tutela a las mujeres que ejercen la prostitución, se toma en cuenta su condición para disminuir la gravedad de la infracción penal.²¹⁹

En el segundo caso, se demanda ante la Corte Constitucional de Colombia la inconstitucionalidad de la expresión “madre” contenida en la normativa que creaba el sistema de seguridad social integral y que adoptaba disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales. Según esta norma, la madre trabajadora, cuyo hijo padeciera invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permaneciera en este estado y continuara como su dependiente, tendría derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que hubiera cotizado al sistema general de pensiones. La Corte declara la constitucionalidad del artículo en el entendido de que el beneficio pensional previsto en ese artículo se haga extensivo al padre cabeza de familia de hijos con discapacidad que dependen económicamente de él:

²¹⁹ Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad del artículo 196 del Código penal, 10 de septiembre de 1990. Ver: Cristina Motta, Ob. cit., p. 89.

De forma tal que, al reconocerse el beneficio pensional previsto en la disposición legal acusada exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo discapacitado que depende económicamente del padre cabeza de familia, por el simple hecho de ser el hombre y no la mujer quien responde económicamente por su manutención, sin tener en cuenta la especial condición de discapacidad que padece y que finalmente es en virtud de la cual se busca protegerlo, para que no solamente no le falten recursos económicos que permitan su adecuada rehabilitación a la vida social, de ser ello posible, sino que se deja igualmente de lado el hecho de que el padre también puede hacerse cargo del hijo afectado por dicha invalidez, brindándole los cuidados y atención necesarios, ello sin limitar tal circunstancia únicamente a aquellos eventos en que haya fallecido la madre de familia.²²⁰

El primer caso, referido a la conceptualización de las agresiones sexuales como delitos contra la honestidad, evidencia cómo el Derecho distingue entre las mujeres que son dignas de la protección estatal y quienes no lo son. El segundo caso muestra cómo a través de la interpretación judicial es posible cuestionar la tradicional y dicotómica adjudicación de roles. De esta manera, el Derecho puede ser utilizado tanto para reproducir identidades sustentadas en prejuicios discriminatorios o para romper definitivamente con aquellas clasificaciones que colocan a determinados sujetos en situación de inferioridad.

3.1.4. El Tribunal Constitucional del Ecuador y el principio de igualdad y no discriminación entre los sexos

El Art. 23 de la Constitución de 1998 consagraba el principio de igualdad del

²²⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-989 de 2006. Ver: Cristina Motta, Ob. cit., p. 91.

que se desprendía la prohibición de discriminación: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.”

Por su parte, el Art. 17 consagraba la obligación del Estado de adoptar medidas para el efectivo goce de los derechos: “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.”

Con base en estas disposiciones, el Tribunal Constitucional construyó un discurso sobre el principio de igualdad asentado en la dignidad humana²²¹, que valora la igualdad como principio fundamental de la democracia, y del cual se desprende la prohibición de discriminación.

El principio fundamental de la democracia es el de la igualdad de todos los seres

²²¹ Resolución No. 020-2003-TC de 29 de julio de 2003, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 12, julio-septiembre de 2003. En este mismo sentido, la Resolución No. 0754-2003-RA de 27 de enero de 2004, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 14, enero-marzo de 2004, la Resolución No. 0038-2006-TC de 16 de agosto de 2007, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 23, junio-septiembre de 2007 y la Resolución No. 0016-2007-TC de 2 de octubre de 2007, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 24, octubre-diciembre de 2007.

humanos, que en el campo del derecho internacional reconoce un núcleo duro de igualdad que establece que “la diferenciación no puede justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, opinión filosófica o política, siendo las diferencias basadas en tales situaciones siempre ilegítimas, surgiendo así el principio de no discriminación como uno de los derechos básicos del ser humano [...] que prohíbe toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o arbitrarios”.²²²

Con estas resoluciones se vincula el análisis del principio de igualdad al concepto de Estado Social de Derecho²²³, afirmando que la dignidad es el nexo entre las condiciones de vida del ser humano y la razón de ser de dicho Estado. Éste asume un rol protagónico en la generación e implementación de una serie de políticas públicas, así como la asignación de prestaciones, con el fin de garantizar el desarrollo de las personas y los grupos en que se integran en condiciones de igualdad:

[...] el concepto de Estado Social de Derecho, complementa y agrega al Estado de derecho, el componente humano, su dignidad y sus condiciones de vida, que son la razón de ser y de existir del propio Estado, generador de políticas públicas. La doctrina lo define como un Estado de servicios, de bienestar o de distribución; el Estado Social de Derecho implica la conciencia de que la dignidad del hombre exige del Estado prestaciones positivas que hagan posible mejorar su calidad de vida, significa una nueva dimensión que da preferencia a los derechos sociales antes que a las libertades del individuo; lo social aparece

²²² Resolución No. 020-2003-TC de 29 de julio de 2003, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 12, julio-septiembre de 2003.

²²³ *Ibidem*. El mismo sentido en la Resolución No. 036-2003-TC, acumulada con las causas 0041-2003-TC, 0042-2003-TC, 0043-2003-TC, 0049-2003-TC, 0001-2004-TC, 0008-2004-TC, 0009-2004-TC, 0012-2004-TC y 0015-2004-TC de 28 de septiembre de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 15, abril-junio de 2004 y la Resolución No. 0016-2007-TC de 2 de octubre de 2007, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 24, octubre-diciembre de 2007.

como una orientación hacia la consecución y el respeto de la justicia social; es decir, hacia la equidad en las relaciones, a la igualdad de todos y todas en el ejercicio de los derechos, descartando distinciones arbitrarias e irrazonables; el Estado-gobierno, asume el compromiso de atender el desarrollo humano-colectivo, ligado a la redistribución y compensación sobre la base de una agenda social que priorice la salud y la educación de todos a quienes representa.²²⁴

De acuerdo con el Tribunal, el artículo 23, número 3, de la Constitución consagraba el principio de igualdad ante la ley, como un principio que “impide que el ordenamiento jurídico positivo realice discriminaciones o distinciones arbitrarias entre sujetos que se encuentran dentro de un mismo *tertium comparationis*”.²²⁵

El principio de igualdad “no postula trato igual en todos los casos y circunstancias, ni supone que toda desigualdad sea injusta”, por el contrario, admite las diferencias “que puedan nacer de las particularidades de cada individuo o grupo.” Este principio, de acuerdo con el Tribunal, “exige que a supuestos de hecho iguales les sean aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean también iguales. El concepto de igualdad es así relacional, entre dos o más supuestos de hecho que sean jurídicamente trascendentes o relevantes”.²²⁶

El Tribunal afirmó que el principio de igualdad “encierra una prohibición de discriminación”, razón por lo cual, quien alega que un precepto viola el principio de

²²⁴ Resolución No. 020-2003-TC de 29 de julio de 2003, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 12, julio-septiembre de 2003.

²²⁵ Resolución No. 0003-2002-DI de 20 de mayo de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 11, abril-junio de 2003.

²²⁶ Resolución No. 031-2002-TC de 28 de enero de 2003. Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional No. 10, enero-marzo de 2003.

igualdad ante la ley tiene la obligación de: a) demostrar que existe discriminación, lo cual se produce cuando hay un tratamiento desigual –utilizando un criterio de valoración negativo como la raza, el sexo, la filiación política, etc.– que produce la violación de un derecho; b) exhibir un principio jurídico del que se deriva la necesidad de igualdad de trato; y, c) aportar un término de comparación preciso.²²⁷

De acuerdo con el Tribunal, para “que sea lícito introducir diferencias entre los supuestos de hecho relevantes tiene que existir una suficiente justificación de la diferencia establecida entre ellos que aparezca como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados según los fines que se haya perseguido alcanzar. En otro caso, el trato sería discriminatorio y contrario al artículo 23 número 3 de la Constitución de la República”²²⁸ de 1998.

Por otra parte, el concepto de discriminación utilizado por el Tribunal estuvo ligado a la existencia de un trato desigual cuyo resultado implicaba negar el ejercicio de un derecho como consecuencia de la utilización de criterios de valoración negativos. Según este órgano, existe discriminación “cuando hay un tratamiento desigual por el cual se priva a una persona de un derecho, utilizando un criterio de valoración negativo (raza, sexo, filiación política, etc.)”²²⁹. En otra ocasión entendió que estamos frente a un trato discriminatorio cuando el trato desigual –a partir de un criterio valorativo negativo– conduce a la privación de un derecho, del cual se estaría gozando si no se hubiera producido dicho trato desigual²³⁰, así como que el legislador podía realizar distinciones o diferenciaciones entre sujetos y grupos de personas siempre y cuando

²²⁷ *Ibidem.*

²²⁸ *Ibidem.*

²²⁹ *Ibidem.*

²³⁰ Resolución No. 027-2003-TC de 3 de febrero de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta

éstas no sean arbitrarias y obedezcan a factores objetivos determinados por criterios de razonabilidad²³¹:

Que, el artículo 23, número 3, de la Constitución consagra el principio de igualdad ante la ley, el mismo que impide que el ordenamiento jurídico positivo y quien aplique las normas jurídicas realice discriminaciones o distinciones arbitrarias entre sujetos que se encuentran dentro de un mismo tercio en comparación, para efecto de determinar los factores de igualación y desigualación que comprueben el cumplimiento de este principio general de Derecho y este tercio en comparación tiene que ser una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos o grupos de ciudadanos;

Que, de conformidad con lo señalado en el considerando precedente, el legislador puede realizar distinciones o diferenciaciones entre sujetos o grupos de personas para hacer efectivo el principio de igualdad, mas esta diferenciación debe provenir de factores objetivos que obliguen a realizar dicha distinción, los que son determinados por criterios de razonabilidad [...] ²³²

El análisis del Tribunal para determinar si una norma –que establece diferencias en la ley entre situaciones o hechos similares– vulnera o no el principio de igualdad, se traduce en lo que la doctrina denomina el “requerimiento de razonabilidad”:

Constitucional, No. 14, enero-marzo de 2004.

²³¹ Resolución No. 036-2003-TC, acumulada con las causas 0041-2003-TC, 0042-2003-TC, 0043-2003-TC, 0049-2003-TC, 0001-2004-TC, 0008-2004-TC, 0009-2004-TC, 0012-2004-TC y 0015-2004-TC del 28 de septiembre de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 15, abril-junio de 2004. En este mismo sentido, la Resolución No. 0017-2004-TC del 1 de marzo de 2005, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 18, enero-marzo de 2005 y la Resolución No. 0033-04-TC, 0042-04-TC y 0043-04-TC de 18 de abril de 2006, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 19, marzo-junio de 2006.

²³² Resolución No. 036-2003-TC, acumulada con las causas 0041-2003-TC, 0042-2003-TC, 0043-2003-TC, 0049-2003-TC, 0001-2004-TC, 0008-2004-TC, 0009-2004-TC, 0012-2004-TC y 0015-2004-TC de 28 de septiembre de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 15, abril-junio de

La igualdad ante la Ley consagrada constitucionalmente determina que situaciones jurídicas iguales deben recibir igual tratamiento y, por otra parte, que las diferenciaciones que pueda realizar la Ley a efecto de garantizar la igualdad, deben ser justificadas, responder a una necesidad objetiva y ser proporcionales al objetivo perseguido, para establecer lo cual es necesario observar un término de comparación pues la igualdad es un derecho relacional en tanto para establecerla se debe comparar entre dos o más personas, hechos, situaciones [...] ²³³

El análisis de la jurisprudencia demuestra que el Tribunal Constitucional llegó a construir un concepto de igualdad inclusivo del derecho a recibir el mismo trato ante la ley (igualdad ante la Ley), del derecho a no ser objeto de distinciones peyorativas (prohibición de discriminación), y además de la posibilidad de que el legislador pueda establecer medidas diferenciadoras en favor de personas y colectivos con el objeto de que puedan superar la situación de “vulnerabilidad” en que se encuentran (medidas de acción positiva):

El artículo 23, número 3 de la Constitución Política garantiza como derecho de las personas el de igualdad ante la Ley, derecho que significa que el legislador no solo debe dar el mismo trato a personas que se encuentran en una misma situación sino, además, que no puede realizar diferenciaciones peyorativas entre las personas por razones de “nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición

2004.

²³³ Resolución No. 0038-2006-TC de 16 de agosto de 2007, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 23, junio-septiembre de 2007.

económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole” [...] pues éstas constituyen discriminación.

Por otra parte, la misma Constitución, en sintonía con la doctrina constitucional sobre la igualdad, prevé la posibilidad de establecer medidas diferenciadoras de carácter positivo, en beneficio de personas o grupos de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, al determinar en el artículo 47, que “recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños, adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y de las de la tercera edad” [...].²³⁴

Para evaluar el rol que el Tribunal Constitucional ha jugado respecto del principio de igualdad y no discriminación entre los sexos, es necesario hacer referencia a dos sentencias, en especial. La primera está referida a un supuesto de discriminación laboral de un grupo de mujeres; mientras que la segunda se refiere a un caso de discriminación referido a la capacidad jurídica de un determinado sector de mujeres, del cual se deduce acción de revisión de constitucionalidad. En los dos casos es posible apreciar la virtualidad del discurso jurídico en la construcción de identidades sexuales.

La Primera Sala del Tribunal Constitucional conoció²³⁵ la acción de amparo constitucional presentada por la Presidenta de la Asociación de Barras, Bares y Billares del Cantón Santa Cruz de la Provincia de Galápagos en contra de la Gobernadora de dicha Provincia, quien presidía por mandato legal el Comité de Calificación y Control

²³⁴ Resolución No. 0030-2006-TC de 3 de julio de 2007, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 23, junio-septiembre de 2007.

²³⁵ Caso No. 0137-06-RA de 15 de noviembre de 2006, Quito, Gaceta Constitucional, No. 21, octubre-noviembre-diciembre de 2006.

de Residencia del Consejo del Instituto Nacional Galápagos (INGALA)²³⁶ y del Gerente General del INGALA.

La Resolución No. 782-CCCRI-07-09-2005 prohibía el ingreso de mujeres para atender barras, bares, billares, cantinas y picanterías, no obstante, autorizaba la presencia, como temporales por treinta días, de las trabajadoras sexuales que laboraban en los prostíbulos. Por su parte, la demandante sostenía que dicha resolución constituía un acto discriminatorio en contra de las mujeres, a quienes se les había limitado sus derechos fundamentales.

El problema consistía en determinar si la norma incluida en la mencionada resolución, que prohibía el ingreso de un colectivo de mujeres a un área territorial “protegida” para desarrollar una determinada actividad laboral, violentaba el principio de igualdad y no discriminación en razón del sexo. Se trataba de determinar si ¿existía una suficiente justificación de la diferencia establecida que apareciera como fundada y razonable?

Para resolver este caso, la Sala parte de la definición que Guillermo Cabanellas da al término “discriminar” distinguiendo entre un concepto amplio de discriminación, como una forma de diferenciar o distinguir cosas o situaciones entre sí sin un componente de valoración negativa, y un concepto de discriminación que comporta una connotación negativa porque la distinción está basada en un criterio peyorativo: “Tratar

²³⁶ La Constitución de 1998, en su Art. 239, se refería al régimen especial de la provincia de Galápagos, atribuyendo al Instituto Nacional Galápagos (INGALA) la planificación de la provincia. La Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos vigente a la época, determinaba que entre las atribuciones de este Instituto estaba “autorizar o negar de manera previa la solicitud de ingreso de una persona en calidad de residente temporal, así como realizar el control de residencia de manera general”. Por su parte, la Ley Orgánica para Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos establecía que el control de la residencia debía ser ejercido por

con inferioridad a personas o colectividades por causas raciales, religiosas, políticas o sociales”.

Por lo tanto, la diferenciación se convierte en discriminación –en sentido negativo– cuando se priva o despoja a las personas del goce y ejercicio de un derecho con base en ideas que menosprecian la diferencia, desconociendo sus capacidades y limitando sus libertades:

El principio de igualdad, desaparece cuando a las personas no se les permite acceder a un determinado trabajo, por discriminaciones que diferencian al ser humano, por su condición social, económica, religiosa, o de género, y más aún cuando se prohíbe el derecho a escoger libremente un oficio acorde a las capacidades y preparación de cada persona, vulnerando con ello, derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado.

En el lenguaje de la Sala, es el respeto de los derechos humanos, como el más alto deber del Estado, lo que está en el centro del principio de igualdad y no discriminación. Consecuentemente, su privación, por efecto de actuaciones y clasificaciones que esconden concepciones de minusvalía e inferioridad, sería contraria a las normas de la Constitución:

1) Artículo 16: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución. 2) El artículo 17 íbidem, dice: “El

un Comité de Calificación y Control de Residencia.

Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos convenios y más instrumentos internacionales vigentes.” 3) Art. 23 numeral 3, de la Constitución Política del Estado, que detalla el principio de igualdad en los siguientes términos: “Igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole” (las negrillas son nuestras).

Es importante la mención que hace la Sala de los derechos humanos de las mujeres reconocidos en instrumentos internacionales. De manera especial, se hace referencia al artículo 11 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer que establece que “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo”. Se considera que la resolución objeto de cuestionamiento desconoció la normativa constitucional existente, al igual que los convenios y protocolos referentes a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, instrumentos que, una vez ratificados por parte de los Estados signatarios e incorporados al ordenamiento jurídico interno, se convirtieron en norma de inmediata aplicación por parte de las autoridades públicas, de acuerdo con los principios

que fueron establecidos en los artículos 18 y 163 de la Constitución Política del Estado.

Se concluye que, efectivamente, se ha ocasionado un daño grave a las mujeres que venían desempeñando determinadas tareas en los lugares de trabajo antes detallados, limitándose con ello el goce y el ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 24, numeral 17, y 35 de la Constitución Política del Estado, como es el trabajo, por medio del cual se suplen necesidades básicas que tiene todo ser humano, y que de igual manera solventa problemas de índole económico al interior de las familias. Como corolario, resuelve: ‘1.- Confirmar la resolución venida en grado, en consecuencia aceptar la acción de amparo constitucional, en forma parcial, en lo que respecta al Art. 2 de la Resolución No. 782-CCCRI-07-09-2005, emitida por el Comité de Calificación y Control de Residencia del Consejo del Instituto Nacional Galápagos, que “prohíbe el ingreso de mujeres para atender en barras, bares, billares, cantinas y picanterías”.’

Se pueden ensayar algunas hipótesis en torno a la concepción que sustentaba la norma enjuiciada. En primer lugar, la regulación prohibía el ingreso de las mujeres –no de todas, pues permitía la entrada de trabajadoras sexuales que laboraban en prostíbulos– a lugares generalmente asociados con riesgos para la integridad, la salud y la moral. Es decir, se trataba de una norma que en apariencia tenía el objetivo de proteger a un determinado colectivo de mujeres de los peligros mencionados. En la práctica, este tipo de regulaciones descansaron en una supuesta inferioridad de la mujer, y sirvieron para confinarla al espacio privado-doméstico-familiar. Por otra parte, la prohibición se establecía para el desempeño de un trabajo remunerado, el mismo que históricamente ha sido reservado para el varón. Consecuentemente, detrás de esta regulación se escondía el interés de impedir el acceso de un determinado grupo de mujeres al empleo remunerado.

Por lo tanto, se puede afirmar que la disposición impugnada fue construida para “proteger” a un determinado tipo de mujer del ejercicio de un trabajo considerado peligroso, que podía afectarle debido a su “natural” indefensión. Esta finalidad protectora encerraba en el fondo el interés de preservar el entorno público propio del varón, expulsando a las mujeres que se atrevieron a transgredirlo, estableciendo una advertencia para aquellas mujeres que quisieran ingresar en el mismo, y señalando que el lugar apropiado para ellas es la esfera doméstica del trabajo no remunerado. La norma en cuestión excluye de la supuesta protección a la trabajadora sexual.

Un segundo problema se plantea al Tribunal Constitucional.²³⁷ Se trata de la acción de revisión de constitucionalidad de la disposición contenida en el numeral 7 del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, por ser considerada contraria al derecho de igualdad consagrado en la Carta Fundamental, una vez que el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, había inaplicado dicho precepto en la causa N° 057-2003:

La norma cuya inconstitucionalidad se impugna, establece una diferenciación respecto a la calidad del testimonio de determinado grupo de mujeres, denominadas en el texto legal como “meretrices”, distinción que, en esencia, resta fuerza probatoria a sus testimonios dentro de un proceso, por considerar que estas mujeres son faltas de probidad, término que, según la Enciclopedia Jurídica Omeba, es sinónimo de lealtad y buena fe, entendida como el proceder de la persona que guarda la debida fidelidad, incapaz de traicionar, que obra con bondad, moralidad, integridad y honradez, por consiguiente, no se las considera testigas idóneas.

²³⁷ Caso No. 002-2004-DI de 19 de octubre de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 17, octubre-diciembre de 2004.

El Tribunal inicia su análisis a partir de lo que considera el contenido esencial del derecho a la igualdad consagrado constitucionalmente, el mismo que “constituye la realización del principio de dignidad humana, como expresión de voluntad y libertad”. Para que una diferenciación normativa no sea considerada contraria al principio de igualdad y no discriminación, debe cumplir algunas condiciones:

En este sentido, la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie; la diferenciación que permite debe ser razonada, objetiva y proporcional, es decir, que, para ello, exista una justificación alejada de toda subjetividad, basada en criterios y juicios de aceptación generalizada, y que la finalidad por la cual se realiza la diferenciación tenga relación con los efectos obtenidos, es decir, exista proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos; pues, si la diferenciación no observa estos requisitos, constituye discriminación. Consecuentemente el contenido de la igualdad es la prohibición de la discriminación, tal como prevé el artículo 23, número 3, de nuestra Constitución: “Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, posición política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole”.

Es relevante evidenciar que el Tribunal Constitucional distingue entre las diferencias que están basadas en estereotipos o prejuicios sociales que han sido reproducidos históricamente y que por ello están prohibidas constitucionalmente, y las diferenciaciones permitidas al legislador precisamente con la finalidad de acabar con aquéllas prácticas que han colocado a determinados grupos en una posición

desfavorable:

Cabe señalar, además, que el principio de no discriminación, no solo se refiere a la prohibición de tratos injustificados, como perfil negativo de la igualdad, como tradicionalmente se ha considerado; en la actualidad, existe un criterio más amplio que orienta la actividad estatal y dentro de ella la legislativa, a la remediación de situaciones de inferioridad provocadas “por estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar, se suma la voluntad de arraigar esas conductas o prácticas arraigadas, que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables”²³⁸, nos referimos a las denominadas acciones afirmativas, cuyo fin es neutralizar las consecuencias derivadas de situaciones desventajosas, como las que pueden afrontar determinados grupos, como las mujeres frente a tratos violentos, en la participación política; los niños, en el trabajo; en general, los grupos vulnerables en la sociedad.

El Tribunal afirma que dado que la norma “establece una especial diferenciación de género, a partir de una conceptualización negativa de las actividades a las que se dedica un sector de la población femenina, es necesario efectuar un análisis de razonabilidad de tal diferenciación, para establecer si se trata de una disposición discriminatoria.” Para ello, el Tribunal se plantea las siguientes preguntas: ¿Cuál es el objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual? ¿Se puede decir que el objetivo perseguido es válido desde el punto de vista constitucional? ¿Existe la debida proporcionalidad entre el trato desigual y el fin que persigue la norma?

Se trata de establecer en qué casos el testimonio no ofrece certeza sobre los

²³⁸ Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias, Herejías Constitucionales*, Méjico, EFE, 2002, p. 85.

hechos controvertidos en juicio. En este sentido, se defiende que, toda vez que la Constitución garantiza el sistema procesal como medio de realización de la justicia, es procedente que, a fin de garantizar la idoneidad de los testigos, se realicen valoraciones que pueden establecer diferenciación en las personas. No obstante, al constatar que la diferenciación se efectúa por la actividad que realizan determinadas mujeres, de quienes no se ha llegado a determinar que se encuentren disminuidas en su capacidad para referir lo visto, lo escuchado, lo presenciado, dentro de un proceso que coadyuve a garantizar la veracidad de los hechos, el Tribunal deduce la inexistencia de proporcionalidad entre la medida diferenciadora y la finalidad pretendida, que es la adquisición de certeza respecto de los hechos, en tanto coloca a un sector de mujeres en situación de credibilidad disminuida.

En definitiva, la distinción que realiza la norma impugnada respecto a las mujeres “meretrices”, como testigas no idóneas por falta de probidad, al no contener una razonable justificación, carecer de objetividad y al ser desproporcionada con el fin que se persigue, constituye un discrimen, en los términos previstos en el artículo 23, número 3 de la Constitución, pues se realiza una diferenciación negativa en razón del género y de la actividad que desarrollan las mujeres a las que refiere la norma, por la actividad que realizan.

Es interesante destacar que, adicionalmente, el Tribunal apoya su decisión en las disposiciones sobre derechos humanos de las mujeres contenidas en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento de carácter internacional del cual el Estado Ecuatoriano es parte, y, con base en el concepto

de discriminación que trae esta Convención, elabora un nuevo argumento, al relacionar el problema objeto de estudio con el derecho de la mujer a que se le reconozca una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y se favorezca su ejercicio.

[...] la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, en su artículo 1, conceptúa la discriminación contra la mujer 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 política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” ; y, en torno al tema, materia de esta impugnación, el artículo 15, dispone que los Estados Partes, reconocerán a la mujer “la igualdad con el hombre ante la Ley”, reconociendo a la mujer “una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades, para el ejercicio de esa capacidad”.

El Tribunal resalta que, por expresa disposición de la Constitución de 1998, los derechos humanos de las mujeres reconocidos en un instrumento de carácter internacional son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, y resuelve declarar la inconstitucionalidad de la norma del Código de Procedimiento Civil demandada.

Muy a pesar de los resultados del fallo, la motivación de esta sentencia traduce un prejuicio en torno al trabajo sexual. Dice el Tribunal que la prostitución es una realidad que a la sociedad le interesaría eliminar porque obliga a las mujeres a tener que

comerciar con su intimidad, a someterse a varios riesgos, incluso, a ser explotadas por mercaderes inescrupulosos. Afirma que, en un alto porcentaje, la prostitución es consecuencia de la difícil situación económica que afrontan hogares de escasos recursos. Por todo ello, opina que corresponde al Estado Social de Derecho promover la adopción de políticas –como el fomento del pleno empleo y la educación– orientadas a erradicar la prostitución y mejorar la calidad de vida. No obstante, este discurso construye la imagen de la “mujer prostituta” como aquella que se denigra por el hecho de comerciar con su intimidad, que no tiene educación y que cuenta con una pobre capacidad de decisión. Muchas veces los argumentos a favor de la “erradicación de la prostitución” han sido utilizados por determinados actores políticos e institucionales para poner en marcha políticas represivas en contra de las mujeres que ejercen la prostitución sexual.

3.2. Las acciones afirmativas y la representación política de las mujeres

A pesar de los importantes cambios que se producen durante el siglo XX respecto de la posición jurídica de la mujer –el ámbito de la política es ejemplo de ello–, éstos no necesariamente se traducen en una verdadera transformación de las concepciones y prácticas sociales. Por ello, frente a la existencia de diversos obstáculos que limitan la plena incorporación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones, se propone la implementación de medidas que busquen alentar a que las mujeres, como colectivo, alcancen la igualdad real en el campo de la política.²³⁹

²³⁹ Ver: Guadalupe Gómez-Ferrer Morant, *Hombres y mujeres: el difícil camino hacia la igualdad*,

Los argumentos a favor de la legitimidad de las acciones positivas en beneficio de las mujeres para garantizar su acceso equitativo a la política se desarrollan a partir de la idea de “democracia paritaria” que, como el mismo nombre indica, propugna la construcción de una sociedad más igualitaria desde un punto de vista político. En este marco, se defiende la adopción de medidas legislativas encaminadas a enfrentar la baja participación de las mujeres en los órganos políticos representativos y a conseguir su incorporación –de manera progresiva y comparable a la de los hombres– en el ámbito de los poderes públicos:

[...] mientras que respecto del sufragio activo la igualdad alcanza toda su plenitud, no sucede lo mismo respecto del sufragio pasivo, ya que, desde un punto de vista estadístico, el número de mujeres candidatas es menor al de hombres, no participando de la misma forma y en la misma proporción en los centros de toma de decisiones. Como el derecho de sufragio pasivo es un derecho de configuración legal, del mismo modo que el legislador puede establecer requisitos para poder ser candidato y acceder a la función pública, se podrían ex lege establecer medidas correctivas para establecer la paridad [...] en íntima conexión con las previsiones legales sobre el régimen electoral y los partidos políticos.²⁴⁰

De esta manera, la noción de “paridad política” es presentada como un aspecto clave de la democracia. Sin embargo, la introducción de este concepto y de las

Madrid, Editorial Complutense, 2002, pp. 427-443; y, María Luisa Balaguer Callejón, “Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español. Situaciones comparadas”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 385-386.

²⁴⁰ María Antonia Trujillo, “La paridad política”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución*

demandas asociadas a él no se produce de forma pacífica. Los argumentos que plantean la incorporación paritaria de las mujeres a la vida política llegan a producir una verdadera conmoción en la teoría clásica de la representación. Quienes se oponen a estos planteamientos cuestionan que el cuerpo electoral –nacional– sería dividido en razón de los sexos; que las personas serían obligadas a votar sólo por candidatos de su mismo sexo; que los representantes elegidos no expresarían una voluntad atribuible a la totalidad de la nación, sino únicamente a los intereses de un grupo sexual determinado, entre otras críticas.²⁴¹

Sin embargo, hay que entender que la expresión “democracia paritaria” no sólo expresa el déficit que para la democracia supone que la mitad de la población no participe en condiciones equitativas en los procesos de toma de decisiones; sino que además evidencia que las mujeres no son consideradas como sujetos de derecho en pie de igualdad; muestra la persistencia de un conjunto de desigualdades experimentadas por las mujeres en la sociedad, una de las cuales se expresa en la desigualdad en la representación. Por ello, la paridad política no sólo implica la adopción de medidas de acción positiva que posibiliten convertir en real el acceso de las mujeres a los puestos de representación, sino que cuestiona la concepción de justicia que está en la base del sistema democrático.²⁴²

La participación política de las mujeres en condiciones de igualdad es vista además como condición necesaria para reformular el contenido del contrato social. En

en España, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 362-363.

²⁴¹ Paloma Biglino Campos, “Las mujeres en los partidos políticos. Representación, igualdad y cuotas internas”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 414.

²⁴² Julia Sevilla Merino, *Mujeres y ciudadanía: La democracia paritaria*, Valencia, Institut Universitari d’ Estudis de la Dona – Universitat de València, 2004, pp. 27-39.

efecto, la integración de la mujer en la vida política, necesariamente, va a generar una transformación adicional, al obligar al conjunto de la sociedad a cuestionar los roles y espacios asignados históricamente a hombres y mujeres, en este sentido:

[...] hay que afirmar que la consecución de mayores cotas de presencia femenina en la vida política no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr mayores cotas de igualdad real en todos los ámbitos, tanto públicos como privados, de la vida social, para crear mayores espacios de libertad, y para profundizar en la democracia y el disfrute efectivo de la ciudadanía; y ello tanto porque lo que se logra es el acceso de las mujeres a espacios de debate y de toma de decisiones de los que tradicionalmente han estado excluidas y donde se ponen en juego intereses que les afectan, de una manera u otra, directamente, como por la función de modelo de rol que las mujeres que acceden a determinadas instituciones de especial relevancia social y política pueden desempeñar para otras mujeres.²⁴³

En razón de ello será necesario entrar a analizar el tema de las cuotas en favor de las mujeres –como instrumentos de la acción positiva– en el campo político, identificando los principales argumentos teóricos a favor y en contra de las cuotas femeninas, para luego hacer una reseña de cómo fueron implementadas en América Latina y llegar a estudiar el desarrollo experimentado en el Ecuador.

3.2.1. Las cuotas en favor de las mujeres en el campo político

Como ya se evidenció, las acciones positivas han sido definidas como medidas de

²⁴³ María Ángeles Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*,

apoyo, promoción o corrección que buscan la igualdad de oportunidades entre los diversos grupos sociales. Se trata de técnicas que suponen un trato diferenciado en favor de determinados colectivos caracterizados por ciertos rasgos (como la raza, el sexo, la discapacidad, la edad, etc.) que los han colocado en una situación de desventaja, marginación, inferioridad, exclusión o discriminación. En el ámbito de los procesos de toma de decisiones, las acciones positivas –más específicamente, las cuotas electorales– pueden ser consideradas como un recurso efectivo para revertir la infrarrepresentación sistemática de las mujeres en los cargos con responsabilidad decisoria, hacer efectiva la participación de las mujeres en la vida política y, de esta manera, profundizar la democracia:

[...] el requisito de acceso a la ciudadanía entendido tan solo como equiparación normativa resulta insuficiente, a no ser que se tengan en cuenta dos limitaciones. La primera, que el requisito de equiparación no debe referirse tan solo a la igualdad formal, sino que también se deben tener en consideración las diferencias para alcanzar la equiparación normativa. En segundo lugar, se deben tener en cuenta también las diferencias reales o sociales, de forma que aunque exista una equiparación normativa, se faciliten mecanismos de garantía para conseguir una equiparación real, que implicará por tanto no tan solo un reconocimiento del estatuto de la ciudadanía desde una perspectiva formal, sino también efectiva. Y es en este aspecto en donde cabe hablar de medidas de acción afirmativa de carácter político que supongan una profundización de la democracia.²⁴⁴

Madrid, Civitas Ediciones, 2003, p. 211.

²⁴⁴ José García Añón, “Representación política de las mujeres y cuotas”, en *Derechos y libertades*, N° 11, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 2002, p. 349.

En efecto, la infrarrepresentación sistemática de las mujeres en los cargos con responsabilidad decisoria es contraria al principio democrático, ya que todos los miembros de un sistema político deberían tener igual acceso a los órganos decisorios y, de esta manera, poder ejercer una influencia equitativa en las decisiones públicas. La representación proporcional de hombres y mujeres en los órganos decisorios vendría a fortalecer la legitimidad y calidad de los procesos de toma de decisiones.²⁴⁵ En este sentido, las cuotas electorales tienen contenido y carácter contextual, es decir, dependen de las circunstancias en las que se produce la infrarrepresentación de las mujeres en las instancias de toma de decisiones. Por otra parte, como ya se señaló, las mismas tienen un carácter temporal y transitorio, ya que deben dejar de aplicarse una vez alcanzada la representación igualitaria de los dos sexos.

[...] la democracia paritaria supone más que la defensa de una simple cuota de participación: supone reconocer que la verdadera democracia no puede existir sin una representación igualitaria de los dos sexos, y ello en el marco además de una estrategia, beneficiosa para todos, de rediseño de las relaciones entre varones y mujeres a todos los niveles y de una transformación en profundidad de las relaciones sociales y de los repartos de roles. Las cuotas electorales son uno de los instrumentos para lograr aquel objetivo. De lo que se trata, por una parte, es de permitir a las mujeres romper «techos de cristal» en instituciones de las que tradicionalmente han estado excluidas [...], y por otra, de acelerar un proceso que ya ha comenzado (el que conduce hacia una sociedad igualitaria en la que el sexo sea un elemento irrelevante en el reparto de papeles en el ámbito público y también en el privado) pero que se ha manifestado hasta el momento como un proceso excesivamente lento pese a que las mujeres estén ya en muchos casos sobradamente preparadas para

²⁴⁵ Mari Fe Blanes Soliva, “Mujeres y política: Las cuotas electorales”, en *Àgora Revista de Ciències*

desempeñar funciones tradicionalmente atribuidas de forma casi exclusiva a los varones.²⁴⁶

Básicamente existen tres tipos distintos de cuotas electorales.²⁴⁷ En algunos países la ley establece porcentajes mínimos en favor de las mujeres entre los representantes elegidos. En otros países, se obliga a los partidos políticos la previsión en sus listas de un determinado porcentaje de mujeres candidatas, exigiendo incluso que se las ubique en puestos donde tengan oportunidades reales de ser elegidas. En otros, por último, son los propios partidos políticos los que optan voluntariamente por introducir cuotas femeninas en sus listas, sin que exista una obligación legal para ello.

En el primer caso estamos frente a cuotas que reservan un determinado número de puestos a las personas del sexo infrarrepresentado en las instituciones de representación política, éste es el caso, por ejemplo, de las asambleas legislativas. El segundo supuesto, esto es, las medidas que establecen una reserva de puestos en las candidaturas, también tienen como finalidad incrementar las oportunidades de acceso –de los miembros del grupo infrarrepresentado– a cargos de elección. Finalmente, el establecimiento voluntario de cuotas femeninas en las candidaturas, a cargo de los partidos políticos, aparece como un mecanismo de equiparación política de los sexos. Su forma de aplicación es diversa, ya que pueden estar reguladas por los estatutos de los partidos como normas de obligado cumplimiento, o como normas orientadoras, llegándose a plantear la posibilidad de establecer subvenciones especiales para los partidos políticos

Sociales, N° 4, Valencia, Centre d'Estudis Polítics i Socials, 2000, p. 214.

²⁴⁶ María Ángeles Martín Vida, Ob. cit., p. 204.

²⁴⁷ Ver, por ejemplo: José García Añón, Ob. cit., pp. 366-371; María Ángeles Martín Vida, Ob. cit., pp. 204-206; y, Ángel Lázaro Riol, "Igualdad de sexos y representación política. Propuestas legislativas y reticencias jurisprudenciales", en *Ágora Revista de Ciencias Sociales*, N° 4, Valencia, Centre d'Estudis

que mantengan una adecuada distribución por género en la conformación de las listas electorales o que implementen de forma activa políticas de participación de mujeres.

3.2.2. El debate en torno a la legitimidad de las cuotas femeninas

Mucho se ha discutido en torno a la legitimidad/ilegitimidad de las disposiciones legislativas que aseguran a las mujeres una cuota de las candidaturas en las listas electorales. Las objeciones combinan elementos de tipo político y jurídico. Se plantea – entre otros cuestionamientos– que las cuotas en favor de las mujeres atentan contra el principio de igualdad, que restringen la libertad de candidatura y la libertad del elector, que alteran la idea de indivisibilidad del cuerpo electoral, y que limitan la libertad de los partidos políticos.

Quienes cuestionan las medidas que suponen reservas en las listas de candidatos, en razón del sexo, argumentan que éstas violan el principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos, sin distinción de sexo, a acceder a los cargos de representación política, ya que la pertenencia a uno u otro sexo no debería ser considerada como requisito de elegibilidad.²⁴⁸ En este sentido, se sostiene que las cuotas no se plantean eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar resultados determinados, sino que se proponen atribuirles directamente esos resultados. Se afirma que las cuotas en materia de representación política, en realidad, se presentan como medidas de carácter definitivo, que toman caracteres y diferenciaciones permanentes, como es el caso del sexo:

Polítics i Socials, 2000, pp. 47-48.

²⁴⁸ Louis Favoreu, “Principio de igualdad y representación política de las mujeres. Cuotas, paridad y Constitución”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 50, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 21-24.

Parece claro que el establecimiento de una cuota electoral limita, en atención al sexo, el derecho de cualquier ciudadano a presentarse como candidato electoral (mucho más en un sistema como el nuestro de listas cerradas y bloqueadas para la elección del Congreso [...]) Es cierto que el derecho de sufragio pasivo se somete a ciertos requisitos [...], pero tales requisitos buscan preservar la libertad del elector o la independencia del elegido, lo que no puede predicarse de un rasgo como el sexo (que es un cuerpo extraño de la regulación actual). Además, se trata de requisitos no permanentes [...] mientras que el del sexo es, en principio, inmutable y no depende de la voluntad del sujeto.²⁴⁹

En el mismo sentido, se objeta la legitimidad de las cuotas –y en mayor medida, la composición paritaria de hombres y mujeres en los órganos de representación política– aduciendo que alteran el contenido del derecho a acceder a cargos públicos representativos en condiciones de igualdad. Se dice que estas medidas podrían ser admisibles si se limitaran a asegurar la “igualdad de oportunidades”, es decir, a eliminar las diferencias de trato, pero no si están orientadas a conseguir una “igualdad de resultados”, pues aquello restringe el ejercicio de un derecho fundamental, con base en el sexo del candidato.²⁵⁰

Pero lo que este conjunto de argumentos hace es tratar de la misma manera la posibilidad de ser presentado como candidato y el evento de resultar electo. Sin embargo, la primera no es más que la condición necesaria para poder ser electo. En efecto, las disposiciones que reservan a las mujeres cuotas de las candidaturas en las

²⁴⁹ Fernando Rey Martínez, “Cuotas Electorales Reservadas a Mujeres y Constitución”, en *AequAlitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, N°1, Zaragoza, 1999, pp. 56-57.

listas electorales no les garantizan una cuota en los cargos electivos, simplemente, les ponen en condiciones de participar en la competición electoral, recuperando una desventaja en los puntos de partida. Garantizar el acceso a las listas electorales no significa más que “promover” iguales oportunidades de acceso a los cargos electivos:

[...] las medidas desiguales, que atribuyen ventajas a grupos socialmente desaventajados, son legítimas en cuanto tienden a asegurar a las mismas categorías un estatuto efectivo de igual oportunidad de inserción social, económica y política [...] la remoción de las desigualdades sustanciales que hacen desaventajado a un grupo no disminuye el contenido del derecho de los miembros del grupo aventajado sino que, por el contrario, disminuye la condición sustancial de ventaja que permite sólo a los pertenecientes al grupo precisamente aventajado gozar plenamente de dicho derecho [...]²⁵¹

Lo contrario reforzaría una concepción que entiende el sexo de los candidatos como rasgo carente de relevancia material. Una asamblea electiva de la que las mujeres están prácticamente ausentes no refleja –o lo hace de forma distorsionada– las exigencias, las necesidades, las demandas, las preferencias, los intereses de la mitad de la población.

Otro grupo de argumentos plantea que las disposiciones legislativas que reservan a las mujeres una cuota de las candidaturas en las listas electorales restringen la libertad del elector y la libertad de candidatura. En primer lugar, es necesario señalar que las cuotas son aplicables en las elecciones con escrutinio de lista –e inaplicables en la

²⁵⁰ Àngel Lázaro Riol, Ob. cit., pp. 49-55.

elección con escrutinio uninominal—. Aunque el elector esté obligado a votar listas donde concurren hombres y mujeres, en determinados porcentajes, las opciones son distintas dependiendo de que sean listas bloqueadas o listas con voto preferencial, quedando en todo caso la posibilidad de elegir entre distintas listas, en el primer supuesto. Se puede señalar que las cuotas no reducen la libertad del elector más que otras limitaciones legales (inelegibilidades, incompatibilidades, etc.).²⁵²

Por otra parte, se dice que las cuotas atentan contra la libertad de candidatura, en virtud de que algunos candidatos se verán privados de formar parte de las listas electorales únicamente por no pertenecer al sexo infrarrepresentado.²⁵³ A esta objeción puede responderse que no existe un derecho individual a ser candidato.²⁵⁴ En efecto, nadie tiene *per se* un derecho perfecto a ser elegido o a ocupar un cargo y desempeñar una función pública. No es éste uno de aquellos derechos subjetivos que confieren a todo ciudadano/a, por el hecho de serlo. El derecho subjetivo a acceder a un cargo o función pública se adquiere cuando se cumplen los requisitos y tras la verificación de los procedimientos establecidos por las leyes. En este sentido, hay que distinguir la simple posibilidad o expectativa del acceso efectivo, que es un derecho que figura una vez ganadas las elecciones. Por tanto, no parece adecuado afirmar que se discrimina a un hombre porque se reducen sus oportunidades de ser candidato cuando se opta por una candidata femenina. Lo que la cuota a favor de las mujeres hace es atenuar el privilegio de los hombres a ser inscritos en las listas de candidatos, sabiendo que gozan de una preferencia social implícita.

²⁵¹ María Vittoria Ballestrero, “Acciones positivas. Punto y aparte”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, 1996, p. 107.

²⁵² María Antonia Trujillo, *Ob. cit.*, p. 381.

²⁵³ Louis Favoreu, *Ob. cit.*, pp. 22-23.

Las cuotas electorales –y la distinción que conllevan entre candidatos en razón de su sexo– también son criticadas por considerar que quebrantan el principio de la soberanía y la universalidad del sujeto político. En este sentido, se sostiene que el principio de indivisibilidad del cuerpo electoral representa el principal obstáculo para el establecimiento de cuotas y, en mayor medida, de la paridad. Se agrega que las cuotas en beneficio de un grupo social concreto (en este caso, las mujeres) suponen, en la práctica, una fragmentación de la representación; que todos los diputados representan a todos los ciudadanos y no a ningún grupo social en especial. Se considera que distinguir entre candidatos (por su sexo, o por cualquier otro rasgo) lesiona gravemente el dogma de la unidad y la homogeneidad del cuerpo electoral dueño de la soberanía, lo cual pone en riesgo el propio contrato social.²⁵⁵ Estos argumentos pueden ser refutados en los siguientes términos:

A tales opiniones se puede contraargumentar, por una parte, desde la propia idea del contrato social exclusiva para unos y excluyente para otras, ya que las mujeres fueron marginadas de ese contrato social del que se habla por los ideólogos de la revolución francesa y en el que solamente se han podido integrar como si de un contrato de adhesión se tratara, firmando en bloque sin que les cupiese definir los posibles términos de ese contrato. Por otra, porque la pretensión de la reserva electoral femenina no es obtener una representación diferenciada de las mujeres consideradas como portadoras de una ideología o unos intereses propios y distintos, sino incrementar su igualdad en todo el arco de las convicciones y ofertas políticas y así promover una sociedad más integrada en su conjunto. La democracia paritaria no pretende escindir el pueblo en dos mitades: hombres y mujeres. Es una propuesta no solamente acorde con la visión de la práctica democrática como acción representativa del conjunto de la población, sino incluso valedora de una concepción del

²⁵⁴ Mari Fe Blanes Soliva, Ob. cit., p. 200.

²⁵⁵ Louis Favoreu, Ob. cit., p. 24; Ángel Lázaro Riol, Ob. cit., p. 55; Fernando Rey Martínez, Ob. cit., p.

interés general más atractiva y comprensiva de la efectivamente vigente.²⁵⁶

Por lo expuesto, parece necesario relativizar las críticas que se dirigen a las cuotas para mujeres y su efecto en la división de la soberanía, ya que la democracia paritaria no actúa en el plano del sujeto representado, sino en el ámbito de la elección de los representantes, tradicionalmente, marcado por la exclusión histórica y sistemática de las mujeres.

Finalmente, existe la opinión de que las cuotas femeninas en las candidaturas lesionan el derecho de los partidos políticos a presentar los candidatos que libremente deseen.²⁵⁷ Desde este punto de vista, restringirían la libertad de asociación, de ideología y de actuación de los partidos políticos, y contradecirían la idea de una democracia pluralista. Los/as electores/as son quienes deberían sancionar –con la denegación del voto– a los partidos que no incluyan un número significativo de mujeres en sus listas. No obstante, lo que este argumento no toma en consideración es que los partidos políticos no son elementos extraños a la sociedad sino que mantienen y hasta reproducen las relaciones de poder que existen en la misma. Sólo una concepción extremadamente formalista de la igualdad y de la libertad podría desconocer que históricamente la mujer ha tenido escasa presencia al interior de los partidos políticos, en los órganos de decisión internos, y en la configuración de las candidaturas. Se requiere, por tanto, de la cuota establecida por ley, para acelerar los cambios en la

57.

²⁵⁶ Julia Sevilla Merino, Ob. cit., p. 49.

²⁵⁷ Fernando Rey Martínez, *ibídem*.

realidad.²⁵⁸

En efecto, persiste una situación de discriminación hacia las mujeres en el ámbito político que es necesario corregir. Al tiempo que las cuotas modifican las condiciones de partida –en la configuración de las listas electorales– favorecen un resultado de mayor igualdad para las mujeres en el acceso a cargos de decisión, pero no determinan los resultados²⁵⁹, ya que la decisión de los/las votantes no sólo depende de la oferta electoral sino de múltiples factores de carácter político, social y cultural.

3.2.3. El Tribunal Constitucional del Ecuador y las cuotas electorales para mujeres

La previsión legislativa de cuotas en las listas de los partidos políticos ha sido uno de los aspectos más destacados de la década de los noventa en América Latina. Varios países latinoamericanos adoptaron –con diversos matices– las denominadas “leyes de cuotas”, a través de las cuales se establecían porcentajes mínimos de participación de mujeres como candidatas en los procesos de carácter electoral.²⁶⁰ En este contexto, la participación política de las mujeres fue vinculada a la idea de democracia y a las posibilidades individuales o colectivas de contribuir a su consolidación. De esta forma, el logro de una igualdad efectiva entre mujeres y hombres para acceder a los distintos cargos de representación política se presentó como un reto a ser alcanzado por parte de

²⁵⁸ Julia Sevilla Merino, Ob. cit., pp. 63-125; María Ángeles Durán, “Las mujeres en la vida política”, en *Àgora Revista de Ciències Socials*, N° 4, Valencia, Centre d’Estudis Polítics i Socials, 2000, p. 23.

²⁵⁹ Alfonso Ruiz Miguel, “Paridad Electoral y Cuotas Femeninas”, en *AequAlitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, N°1, Zaragoza, 1999, pp. 48-50.

²⁶⁰ Este mecanismo fue implementado por primera vez en la Región con la aprobación de la Ley Argentina de 1991 sobre Cupos.

los sistemas políticos latinoamericanos.²⁶¹

Las cuotas, consideradas como uno de los instrumentos más importantes para favorecer la creciente incorporación de las mujeres en los procesos electorales y su acceso a instancias de toma de decisiones, aparecen como una conquista de las organizaciones de mujeres. Pero también los procesos de elaboración, aplicación e interpretación de las leyes de cuotas muestran los argumentos que los actores políticos oponen a las demandas de paridad política.

La legitimidad del sistema de cuotas fue evaluada por la Corte Constitucional de Colombia, cuando se sometió a su conocimiento el proyecto de Ley Estatutaria N° 62/98 Senado y N° 158/98 Cámara, por el cual se regulaba la presencia de no menos del 30% de mujeres en lugares de las listas de candidatos a diferentes dignidades de elección popular que les permitieran resultar electas. La Corte colombiana declaró inexecutable esta regulación por considerar, entre otras razones, que significaba una injerencia estatal arbitraria en la organización interna de los partidos políticos:

[...] dicha disposición, necesariamente, tiene que ser declarada inexecutable, pues en últimas se trata de una injerencia estatal en la organización interna de los partidos, que está proscrita por la Constitución. En efecto, son múltiples los preceptos constitucionales que reconocen el derecho a conformar y organizar libremente (sin injerencia alguna) partidos políticos (aunque claro está con observancia de las normas establecidas en la Constitución y en la ley estatutaria respectiva).

²⁶¹ Esther del Campo y Evelyn Magdaleno, “Avances legislativos de acción positiva en Bolivia, Ecuador y Perú”, en Mercedes Prieto, edit., *Mujeres y escenarios ciudadanos*, Quito, FLACSO, Sede Ecuador / Ministerio de Cultura del Ecuador, 2008, p. 282.

[...] la determinación de cuáles han de ser las directivas de los partidos o los candidatos que deberán conformar las listas respectivas es un asunto que corresponde al principio de autonomía interna. Así parezca plausible el objetivo que se persigue en la norma estudiada, lo cierto es que con ella el Estado estaría interviniendo en una órbita que le está vedada por la Constitución.

Claro está que lo anterior no significa que los partidos y movimientos políticos colombianos no puedan adoptar medidas encaminadas a garantizar una mayor participación femenina, pero éstas no pueden proceder de una imposición del legislador.²⁶²

La defensa de la libertad de actuación de los partidos políticos en la elaboración de sus listas, también se ha expresado de manera implícita en las prácticas concretas de los partidos políticos de la Región que, a pesar de disponer de leyes de cuotas, han buscado mecanismos para dejarlas sin eficacia, por ello, la necesidad de evaluar periódicamente la vigencia y eficacia de las cuotas, a fin de que sean perfeccionadas, de tal modo que no dejen oportunidad para usos o interpretaciones restrictivas de los derechos de las mujeres.²⁶³

En efecto, el mayor problema que han afrontado las cuotas son los enormes esfuerzos y estrategias que se diseñan para evadir su aplicación. Ecuador fue el primer país del área andina que consagró una cuota electoral para las mujeres, mediante la llamada Ley de Amparo Laboral, en 1997. Esta ley determinó la obligación de incluir

²⁶² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371 de 2000. Cristina Motta, “Ciudadanía”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, p. 73.

²⁶³ Silvia Loli, “Cuotas de participación política”, en María Fernanda Cañete, comp., *Reflexiones sobre Mujer y Política. Memorias del Seminario Nacional: Los cambios políticos en Ecuador: perspectivas y retos para la mujer*, Quito, CEDIME, 2004, pp. 31-40.

un porcentaje mínimo del 20% de mujeres en las listas de candidaturas pluripersonales. Por su parte, la Constitución Política de 1998 introdujo varias disposiciones en orden a promover la participación política de las mujeres en pie de igualdad. Así, de acuerdo con el artículo 102 el Estado estaba obligado a promover y garantizar la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos. Asimismo, la disposición transitoria decimoséptima de la Carta Política introdujo una cuota electoral para las mujeres, al establecer la obligación del Estado de reconocer la participación del 20% de las mujeres en las listas de elecciones pluripersonales.

En el año 2000, el Congreso Nacional aprobó una Ley Reformatoria a la Ley de Elecciones²⁶⁴ que incluyó importantes modificaciones en el ámbito de la participación política de las mujeres: Se elevó al 30% el porcentaje mínimo para las candidaturas femeninas en las listas plurinominales; se estableció que dicho porcentaje debía incrementarse en un 5% adicional en cada proceso electoral, hasta alcanzar la paridad entre hombres y mujeres; se determinó la obligatoriedad de aplicar los principios de alternancia y secuencia entre hombres y mujeres en la conformación de las listas electorales; y, se estableció que el Tribunal Supremo Electoral y los Tribunales Provinciales Electorales debían negar, de oficio o a petición de parte, la inscripción de las listas que no cumplieran con estos requisitos.

²⁶⁴ Ley 2000-1 Ley Reformatoria a la Ley de Elecciones, a la Ley de Régimen Provincial, a la Ley de Régimen Municipal y a la Ley de Descentralización del Estado, R.O. N° 20 del viernes 17 de marzo de 2000.

Se trata, por lo tanto, de una medida de acción positiva, concretamente una medida de discriminación inversa o positiva, que persigue aminorar los efectos de una discriminación que se ha venido produciendo en la práctica, y que ha imposibilitado el efectivo acceso de las mujeres a la representación política. Tal y como aparece planteado en el texto de la Ley, el mecanismo establece una diferencia de trato entre hombres y mujeres. Este trato desigual se justifica en términos de razonabilidad y proporcionalidad en virtud del fin que persigue –la superación de esta discriminación– y su vigencia es temporal en tanto en cuanto se entiende aplicable hasta la consecución, en este caso, de la representación paritaria de hombres y mujeres en las listas electorales.²⁶⁵

De esta manera la cuota electoral parecía haber quedado consolidada en el marco jurídico ecuatoriano, sin embargo, su aplicación se vio permanentemente limitada no sólo por la actuación de los partidos políticos, poco dispuestos a brindar mayores oportunidades de participación electoral a las mujeres, sino también por el Tribunal Supremo Electoral, cuya actuación se llegó a calificar de arbitraria por parte de las organizaciones de mujeres impulsoras de la medida.²⁶⁶

En el año 2002 entró en vigencia el Reglamento a la Ley de Elecciones, aprobado por el Tribunal Supremo Electoral²⁶⁷, cuyo artículo 40 definía la alternabilidad como “la distribución en la lista en forma sucesiva, entre hombres y mujeres” y la secuencia como “la serie de combinaciones que pueden realizarse en la lista, saltando los lugares de inscripción de la lista”. Y ejemplificaba la secuencia diciendo que “al tratarse de

²⁶⁵ Luz Entrena Vázquez, “Constitución y acciones positivas. El sistema de cuotas de participación política para mujeres en Ecuador”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, E.V., 2005, pp. 511-512.

²⁶⁶ María Fernanda Cañete, “Participación política y ciudadanía”, en Mercedes Prieto, edit., *Mujeres ecuatorianas. Entre las crisis y las oportunidades 1990-2204*, Quito, CONAMU – FLACSO – UNIFEM – UNFPA, 2005, pp.134-135.

representaciones de 3 a 5 dignidades, saltando uno o dos puestos; de 6 dignidades en adelante, pasando entre dos y tres puestos y así sucesivamente”. Esta interpretación de los términos “alternabilidad y secuencia” permitía a los partidos políticos presentar listas de candidaturas con bloques de dos o tres varones por delante de la primera candidata mujer, lo cual originó una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por parte del movimiento de mujeres.

Varios fueron los argumentos que sustentaron la decisión del Tribunal Constitucional. Según este órgano, el espíritu de las acciones afirmativas es el de establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar la discriminación, en este caso, de aquellas generadas por razones de género.²⁶⁷ Se refiere también a que existen varias normas contenidas en la legislación nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo objeto es el logro de la igualdad en la participación política de varones y mujeres. Entre la normativa de carácter internacional, el Tribunal cita la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que compromete al Estado ecuatoriano a adoptar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, en diversas esferas como es la política, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Según el Tribunal Constitucional, la Constitución Política de la República, en su artículo 102, al determinar que el Estado deberá promover y garantizar “la participación

²⁶⁷ Suplemento del Registro Oficial N° 39 de 20 de marzo de 2002.

²⁶⁸ Resolución Nro. 028-2002-TC, Caso Nro. 028-2002-TC de 12 de noviembre de 2002, Tribunal Constitucional No. 9, Quito, octubre-diciembre de 2002.

equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos”, consagra una medida especial cuyo espíritu es combatir la discriminación sufrida históricamente por las mujeres al haber sido excluidas de la toma de decisiones políticas, así como conseguir una participación equitativa de las mujeres y hombres en los procesos de elección de candidaturas pluripersonales.

En este marco, el Tribunal entiende que el artículo impugnado realiza una definición de lo que es la alternabilidad y la secuencia, cuyo contenido no garantiza la participación equitativa entre varones y mujeres, mucho menos, cuando al referirse a la secuencia regula la forma en que deben realizarse las combinaciones en serie, atentando de este modo contra la igualdad de condiciones al establecer que una mujer podría ser ubicada en la papeleta electoral luego de haber sido ubicados dos o tres varones. En este sentido, y bajo la comprensión de que el Estado ha asumido el deber de eliminar las condiciones de desigualdad en la participación electoral entre hombres y mujeres, se vuelve necesario evitar los efectos de toda disposición que menoscaben este objetivo por cuanto resultarían inconstitucionales.

Coherentemente con lo expuesto hasta aquí, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo Electoral debe considerarse contradictoria de los preceptos constitucionales antes mencionados, lo cual implica declarar la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Elecciones.²⁶⁹

²⁶⁹ *Ibidem.*

Es importante mencionar que el primero de los votos salvados²⁷⁰ se sustenta en una concepción formal del principio de igualdad, al razonar que, entendidos los términos en su sentido natural y obvio, puede verse que el TSE no ha hecho una interpretación extensiva de la ley al comparar las definiciones que en la materia realiza el reglamento, con aquellas contenidas en el Diccionario de la Lengua Española y que, en la práctica, así como puede existir una secuencia exacta, podría haber situaciones en que solamente exista alternabilidad pero sin secuencia, lo cual sería violatorio a la ley, pero en ningún caso transformaría al artículo 40 del Reglamento a la Ley de Elecciones en inconstitucional.

Todavía dentro de una concepción neutra de la igualdad, el segundo de los votos salvados postuló la necesidad de negar la demanda de inconstitucionalidad, con el argumento de que la determinación de la forma de presentar las listas para elecciones pluripersonales en el artículo 40 del Reglamento General a la Ley de Elecciones no afecta la cuota mínima de mujeres que se establece tanto en la decimoséptima disposición transitoria de la Constitución como en el artículo 58 de la Ley de Elecciones. Consideró que carecía de importancia el lugar en que deben constar las candidaturas dentro de las listas presentadas para elecciones pluripersonales si, de conformidad con el artículo 99 de la Constitución, los ciudadanos podrán seleccionar los candidatos de su preferencia, de una lista o entre listas:

Que [...] el sistema de elección de lista abierta que se ha establecido en nuestro sistema electoral [...] hace carecer de toda trascendencia jurídica el orden de presentación

²⁷⁰ Voto salvado del doctor Oswaldo Cevallos Bueno.

de la lista correspondiente, pues el ciudadano podrá votar, libremente, por el segundo, tercero o el último de la lista correspondiente y que, aun más, con el sistema D'Hondt, la asignación de los escaños, luego de determinados los divisores, corresponde a los candidatos más votados de la lista, sin importar el lugar en que aparezcan en la lista respectiva, de conformidad con el artículo 111 y siguientes de la Ley de Elecciones.²⁷¹

Los argumentos esgrimidos en los votos salvados olvidan que las cuotas electorales en favor de las mujeres como medidas de acción afirmativa –acompañadas de una adecuada formulación y aplicación del sistema cremallera²⁷²– surgen de la necesidad de transformar concepciones y prácticas profundamente arraigadas en la sociedad que mantienen relegada la participación política de las mujeres y que, precisamente por ello, una formulación neutra del principio de igualdad y una concepción del principio de no discriminación orientada a los sujetos más que a los grupos en los que se integran, únicamente refuerza el *statu quo*.

Cabe señalar que la resolución que declaró la inconstitucionalidad del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Elecciones, de conformidad con los artículos 278 de la Constitución y 22, inciso segundo, de la Ley del Control Constitucional, al no tener efecto retroactivo, no podía afectar las situaciones jurídicas surgidas al amparo de la norma declarada inconstitucional. Como recalcó el Tribunal Constitucional, la declaratoria de inconstitucionalidad no afectaba al proceso electoral realizado el 20 de octubre del presente año 2002.

Una vez declarada la inconstitucionalidad del artículo 40 del Reglamento a la

²⁷¹ Voto salvado del doctor Carlos Helou Cevallos.

Ley de Elecciones, el Tribunal Supremo Electoral reformó el artículo 41 del Reglamento a la Ley de Elecciones, señalando que: “La alternabilidad y secuencia en la ubicación de puestos de mujeres y hombres, será definida por la organización política en el momento de la presentación de la lista, la que contendrá la aceptación de dicha ubicación por parte de todos y cada uno de los candidatos y candidatas”.²⁷³ De esta manera, el Tribunal Supremo Electoral dejaba en manos de los partidos políticos – asociaciones que históricamente han reproducido concepciones y prácticas excluyentes que minusvaloran las capacidades y potencialidades de las mujeres para participar en política– la decisión en torno a la definición e implementación de la “alternabilidad y secuencia”.

Esta situación provocó la reacción del movimiento de mujeres y la consiguiente presentación de quejas ante el Tribunal Constitucional, argumentando básicamente que, a partir de la decisión del Tribunal Supremo Electoral, las listas de candidaturas presentadas por los partidos y movimientos políticos no garantizaban el acceso de las mujeres a los puestos de elección popular, reproduciendo así el tradicional privilegio para los hombres y relegando a las mujeres a ubicaciones sin posibilidades de elección real. Varias listas de candidaturas elaboradas de esta manera habían sido impugnadas por considerar que no cumplían con el principio de alternancia y secuencia en los términos señalados en la Ley y en el fallo del Tribunal Constitucional²⁷⁴. Los Tribunales Provinciales Electorales habían desechado las impugnaciones presentadas y procedido a dar paso a la calificación e inscripción de las candidaturas. Las apelaciones de estas

²⁷² El éxito de las cuotas requiere especificar reglas de posición en determinados lugares de la lista, de esta manera, se evitará que se ubique a las mujeres en los últimos lugares.

²⁷³ Registro Oficial N° 384 de 23 de julio de 2004.

²⁷⁴ En el caso 028-2002-TC.

decisiones también habían sido desechadas por el Tribunal Supremo Electoral, con el argumento que a los organismos electorales solo les corresponde observar si en la presentación de la lista de candidatos se han respetado las fórmulas de representación de género establecidas en la ley.

En respuesta a una de las quejas que señalaba que el Tribunal Supremo Electoral había incumplido su obligación de velar por el principio de equidad de género en los procesos electorales, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional resolvió: “Exhortar al Tribunal Supremo Electoral, para que aplique con precisión el contenido de la Resolución N° 028-2002-TC emitida por esta Magistratura”.²⁷⁵ En otra de las quejas presentadas, el Tribunal Constitucional añadió lo siguiente:

[...] el Tribunal Supremo Electoral no fue lo suficientemente prolijo para garantizar la equidad de género en el proceso eleccionario, básicamente en la reforma al Reglamento General de la Ley de Elecciones, no impugnado mediante esta queja, en el que deslinda su responsabilidad de vigilar por la correcta aplicación de alternancia y secuencia entre hombres y mujeres en la inscripción y calificación de candidaturas, trasladándola ilegítimamente a los partidos y movimientos políticos, lo cual es inadecuado por auto limitarse en sus propias funciones de control, y otorga mérito para llamar la atención por su proceder.²⁷⁶

En este segundo caso, nuevamente, el Tribunal Constitucional negó por

²⁷⁵ Resolución No. 0002-2004-QE, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional No. 18, Quito, enero - marzo de 2005.

²⁷⁶ Resolución No. 0003-2004-QE, Caso No. 0003-2004-QE de 10 de mayo de 2006, Primera Sala del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional No. 19, Quito, marzo-junio de 2006, Magistrado

improcedente la queja presentada, insistiendo que, “en el futuro el Tribunal Supremo Electoral vigilará el cumplimiento de las disposiciones constantes en la Ley de Elecciones y su Reglamento, para garantizar los derechos de género.” Varias voces opinaron que el Tribunal había escogido “el atajo” de la discrecionalidad de los partidos políticos, organismos masculinos por excelencia:

Se legitima, de este modo, la práctica de los propios partidos en los procesos electorales previos, sin que el Tribunal Supremo Electoral (TSE) establezca ningún mecanismo de supervisión en la conformación de la lista que garantice la participación equitativa de hombres y mujeres. De esta manera, parece como si el órgano de control electoral tratara de eludir la responsabilidad del cumplimiento de la resolución del Tribunal Constitucional, evitando pronunciarse sobre el contenido de la “alternabilidad y secuencia” y dotando a los partidos políticos de capacidad interpretativa sobre el texto legal [...] ²⁷⁷

Al dejar la aplicación de la alternancia y secuencia al arbitrio de los partidos políticos, el Tribunal Supremo Electoral tácitamente se declaró incompetente para garantizar la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres. La decisión del Tribunal revelaba la consumación de un pacto masculino para impedir el ejercicio de este derecho. La propensión a la utilización antojadiza de las normas jurídicas por parte de los organismos electorales y de los actores políticos expresaría las debilidades propias del sistema democrático ecuatoriano:

[...] las organizaciones de mujeres que han estado impulsando la vigencia de la cuota electoral en el Ecuador, han agotado todos los mecanismos legales a su alcance, pero han constatado también el manejo caprichoso de la Constitución, leyes, reglamentos e instructivos por parte de los organismos electorales y políticos, llamados a hacerlas cumplir. Este comportamiento institucional y de los actores políticos expresa las debilidades del sistema democrático ecuatoriano, donde no se puede hablar de reglas del juego claras ni de permanencia y respeto a las normas acordadas [...]²⁷⁸

Pese a los logros alcanzados en el terreno legal, tanto en los diferentes contextos nacionales como en el internacional, la igualdad efectiva entre hombres y mujeres a la hora de acceder a los cargos de representación política continúa siendo una de las debilidades de los sistemas políticos democráticos. La participación de las mujeres en la vida política en condiciones de igualdad con los varones constituye aún un desafío para la democracia.²⁷⁹

Frente a los problemas que caracterizan a las democracias occidentales, la agenda política de las mujeres debería estar guiada por determinados imperativos éticos.²⁸⁰ Uno de estos imperativos es la democratización de la sociedad a través de cualificar la participación de las mujeres en la esfera política. La democracia paritaria surge como una reivindicación no solamente orientada a conseguir un mayor número de mujeres en cargos de poder, sino a lograr que este incremento represente también un cambio

²⁷⁷ Luz Entrena Vázquez, Ob. cit., p. 513.

²⁷⁸ Silvia Vega Ugalde, "La cuota electoral en Ecuador: Nadando a contracorriente en un horizonte esperanzador", en Magdalena León, edit., *Nadando contra la corriente. Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, Quito, UNIFEM / UNFPA / Universidad Nacional / IEP / CIDEM / FLACSO Ecuador, 2005, p. 182.

²⁷⁹ Esther del Campo y Evelyn Magdaleno, Ob. cit., p. 281.

²⁸⁰ Victoria Camps, *Ética y política*, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996, p. 217-226.

cualitativo. La “moralización de la vida pública” aparece como otro de los imperativos éticos, desde este punto de vista, se plantea cambiar el estilo de hacer política, a través de una serie de valores que hoy no están presentes en la vida política. Se trata de una forma de hacer política más atenta a la vida cotidiana.

Se sostiene que, debido a la subrepresentación femenina en el ámbito de la política, la sociedad se ve privada de las contribuciones, potencialidades, talentos y capacidades de las mujeres, quienes constituyen la mitad de la población.²⁸¹ La participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones aportaría al enriquecimiento y renovación de la cultura política, al hacer posible la representación de otros intereses y valores, la redefinición de las prioridades políticas, la inclusión de nuevos temas en la agenda política y la aparición de nuevas perspectivas en la consideración de los asuntos políticos. En definitiva, la capacidad democratizadora de las cuotas femeninas en el ámbito de la representación política estaría dada por la posibilidad que ofrecen para “la exteriorización de las características de diferencia sexual y social de las ciudadanas y ciudadanos y el potencial crítico de esta perspectiva diferente respecto de la política hegemónica.”²⁸²

²⁸¹ Julia Sevilla Merino, Ob. cit., pp. 118-119.

²⁸² Silvia Vega Ugalde, Ob. cit., pp. 200-201.

3.3. La protección constitucional de la familia

La protección constitucional de la familia se produjo bien avanzado el siglo XX, con la aparición de los denominados derechos sociales, cuyo reconocimiento dio lugar a la aparición de teorías acerca del Estado de bienestar.²⁸³ En los inicios del constitucionalismo, la familia –históricamente considerada como perteneciente al ámbito privado– no generó la atención del derecho constitucional, sin embargo, este “olvido” constitucional no significó que no existiera una filosofía alrededor del papel que debía desempeñar la familia en la educación de los ciudadanos y de cuál debía ser la misión encomendada a cada uno de sus integrantes.²⁸⁴

La estrecha relación de la familia con los discursos dominantes sobre la sexualidad, la reproducción, la producción y la violencia la ha convertido en centro de múltiples debates feministas. El objeto de la crítica de las feministas del siglo XX ha sido la concepción, dominante desde el siglo XIX, de la familia nuclear como un “orden natural” que articula una sexualidad “natural” –la heterosexual y monógama–, una reproducción

²⁸³ Con la expresión Estado de Bienestar o Welfare State se describen una serie de políticas de orden social que tienen como objetivo proporcionar a la población más pobre de un país, en forma gratuita y con cargo a fondos y asistencia estatales, los servicios básicos y otras prestaciones que mejoren su calidad de vida. En efecto, el Estado de Bienestar opera mediante asignaciones monetarias directas (pensiones, subsidios, prestaciones compensatorias, asignaciones familiares, seguros de desempleo, etc.), programas de complementación alimentaria, prestación de servicios de educación, de salud y salubridad, entre otras estrategias. Esta expresión empezó a ser utilizada en Gran Bretaña en los años cuarenta del siglo pasado cuando se amplió el papel asistencial del gobierno. Borja, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, t. I, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, 3a. ed, pp. 552-553. Para un análisis de las políticas y prestaciones familiares, las ayudas estatales para la infancia, y la construcción del Estado de Bienestar europeo, desde una mirada de género, consultar la obra de Gisela Bock y Pat Thane (eds.), *Maternidad y políticas de género. La mujer en los Estados de bienestar europeos, 1880-1950*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1996.

²⁸⁴ Asunción Ventura Franch, “Las Mujeres, la Constitución y el Derecho de Familia”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y

“natural” –la heterosexual y con la crianza a cargo de la madre–, una producción “natural” –por fuera del hogar y a cargo de los hombres–, y una disciplina “natural” –la de los hombres sobre las mujeres y los niños y de las mujeres sobre los niños–.²⁸⁵

El ideal de la familia nuclear consolidado en el siglo XIX acentuó cuatro características centrales relacionadas entre sí: En primer lugar, que la familia debía ser el lugar primordial para el desarrollo de la afectividad y la satisfacción de las necesidades asociadas a ella. En segundo lugar, que las mujeres debían asumir la crianza de los niños y las labores domésticas, en virtud de que estaban dotadas de capacidades innatas para ello. En tercer lugar, que los hombres debían hacerse cargo tanto de la producción económica como de la política, es decir, ser los actores principales del mercado y del Estado. Finalmente, que la familia debía pertenecer al espacio privado y, por lo tanto, que sus miembros debían resolver sus diferencias sin la intervención del Estado.²⁸⁶

En este contexto, las feministas liberales criticaron el trato diferenciado que las normas sobre familia daban a las mujeres. Es así que las reformas en el derecho de familia inciden en la condición de la mujer casada, a la que se equiparó en algunos aspectos al marido, suprimiendo instituciones como la licencia marital para que la esposa pudiera disponer de sus propios bienes, la representación de la mujer por el marido para celebrar actos jurídicos, el derecho del marido de fijar la residencia familiar, y la titularidad subsidiaria de la madre respecto de la patria potestad de los hijos

Constitucionales, 2000, pp. 463-474.

²⁸⁵ Isabel Cristina Jaramillo, “Familia”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, p. 267.

comunes. En general, los códigos civiles se fueron adaptando al mandato constitucional de igualdad, suprimiendo las discriminaciones que por razón de sexo se establecían tradicionalmente en perjuicio de la mujer. Así, la igualdad de los cónyuges orientaba la regulación sobre la familia.²⁸⁷

Las feministas han identificado algunos sesgos en los análisis sobre la familia.²⁸⁸ Entre ellos, el “sesgo monolítico” implica la tendencia a enfatizar la uniformidad de la experiencia y la universalidad de la estructura y las funciones de la familia –así en singular–, sobre la diversidad de prácticas, estructuras y funciones de las familias. Este sesgo también se verifica cuando se argumenta que la familia compuesta por adultos heterosexuales, y su prole biológica o adoptiva, es la “mejor” forma de familia. Directamente asociado con el anterior, el “sesgo conservador” traduce la concepción romántica de la familia nuclear. Esta concepción deja de lado los aspectos conflictivos de las relaciones familiares, tales como la violencia doméstica y la violencia sexual, al tiempo que descalifica otras formas de familia.

Por su parte, el “sesgo sexista” se produce al tratar a la familia como la unidad más pequeña de análisis, cuando en realidad estamos frente a personas individuales dentro de ella. Esta actitud es evidente en aquellas políticas que asignan a “la familia” la crianza de la prole o el cuidado de las personas de la tercera edad o con discapacidad, sin tomar en cuenta que en realidad ese trabajo lo están haciendo usualmente las

²⁸⁶ Isabel Cristina Jaramillo, Ob. cit., p. 268.

²⁸⁷ No obstante, a pesar de la equiparación que se va operando en el plano jurídico entre el hombre y la mujer, la familia continúa siendo una de las más importantes fuentes de discriminación. Es el espacio familiar donde se perfila el distinto papel que en la sociedad siguen jugando ambos sexos, en perjuicio de la mujer. Para un análisis de esta problemática, consultar: María del Rosario Valpuesta Fernández, *La Mujer y el Derecho Civil. Aplicación del principio de igualdad*, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996, p. 284.

²⁸⁸ Margrit Eichler, “Cambios familiares: familias políticas e igualdad de género”, en: Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, pp. 445-448.

mujeres, asumiendo de esta manera que existe una división “natural” de funciones entre los sexos. Finalmente, el “sesgo heterosexista” envuelve la concepción de la familia heterosexual como “natural” y niega estatus familiar a las familias gay y lesbianas. Como es fácil advertir, este sesgo incluye la creencia de que la capacidad de crianza se relaciona con la orientación sexual.

En la presente sección se abordan cuatro temas de especial relevancia para el estudio de género de la familia. En primer lugar, se analizan las diversas concepciones de justicia que se expresan en las decisiones judiciales sobre divorcio. En la segunda parte se examina la forma en que los fallos judiciales llenan de contenido los requisitos que les permiten apreciar la existencia de las uniones de hecho. En la tercera parte se estudia los fallos que se refieren a la declaratoria judicial de la paternidad. Y, finalmente, se analiza cómo se construye la paternidad y la maternidad en las resoluciones de hábeas corpus del Tribunal Constitucional.

3.3.1. El matrimonio en el Código Civil y en las decisiones de los jueces

Los códigos civiles latinoamericanos del siglo XIX reprodujeron dos instituciones del derecho colonial: la potestad marital y el privilegio matrimonial. La potestad marital era el conjunto de poderes que el marido adquiría, en virtud del matrimonio, sobre la persona y los bienes de su mujer. Mientras que el privilegio matrimonial significaba excluir de los beneficios personales y patrimoniales del matrimonio a las parejas que no cumplían con las formalidades exigidas. Si bien la potestad marital fue eliminada y los privilegios matrimoniales se han venido reduciendo, al consagrarse la igualdad de derechos de hombres y mujeres, la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, el derecho de éstos últimos

a obtener el reconocimiento paterno, la flexibilización en torno a la regulación sobre el divorcio, y la extensión de efectos jurídicos a otras formas de convivencia, no obstante, la permanencia de normas que tratan de un modo diferenciado a las mujeres en la familia es una prueba de que todavía no se ha llegado a una completa igualdad.²⁸⁹

Pero el análisis de la familia no sólo se desenvuelve en el plano del control de constitucionalidad de las normas por vulnerar el principio de igualdad. Son más bien los usos sociales los que permiten configurar y asignar distintas funciones a hombres y mujeres dentro de la familia. Éstos también se traducen a nivel judicial, al consagrar prácticas claramente discriminatorias.²⁹⁰ En efecto, frecuentemente, las decisiones de los jueces enfatizan la adscripción “natural” de las mujeres al ámbito doméstico.

Frente a ello hay que preguntarse si se viola o no el derecho a la igualdad de las mujeres cuando se establece que su principal derecho y obligación como esposa es atender y cuidar a los hijos y hacer los quehaceres domésticos. Este problema jurídico fue planteado a la Corte Constitucional de Guatemala por una mujer que solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del artículo 110 del Código Civil de Guatemala que establecía diferentes derechos y obligaciones para esposas y esposos respecto del cuidado de los hijos y el sostenimiento del hogar. La denunciante afirmaba que el

²⁸⁹ Isabel Cristina Jaramillo, *Ob. cit.*, pp. 272-273. Ejemplos de normas que tratan de forma diferenciada a hombres y mujeres en el ámbito familiar pueden ser encontrados en el Código Civil y en el Código de la Niñez y Adolescencia. El Código Civil contiene una presunción discriminatoria respecto de la administración de la sociedad conyugal, ya que a falta de estipulación en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales se presume que el administrador de la sociedad conyugal es el marido. Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia, al desarrollar las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, establece que, a falta de acuerdo de los progenitores, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre; tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que esté en mejores condiciones de prestar a los hijos/as la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral; si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre. Esta preferencia “en favor” de la mujer, en la práctica, refuerza la idea de que corresponde prioritariamente a la madre el cuidado de los hijos/as.

artículo 110 era inconstitucional al determinar que: “El marido debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas. La mujer tiene especialmente el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la menor edad y dirigir los quehaceres domésticos.” La Corte declaró la exequibilidad de la norma demandada pues, en su criterio, no era discriminatoria en tanto que se orientaba a la protección de los hijos:

Ese tipo de obligaciones no significa que prestar atención a los hijos menores sea excluyente del derecho a trabajar. Ambos aspectos pueden desarrollarse paralelamente y, en la realidad de la vida, prácticamente en todos los hogares o en su gran mayoría, la mujer se desenvuelve en los diferentes campos de la actividad social [...] En todo caso, corresponde a cada esposa atender sus actividades de trabajo y cumplir con las responsabilidades de madre que le impone el matrimonio. Eliminar la obligación de velar por la atención y cuidado de los hijos constituiría un acto contrario a los derechos del niño y del adolescente que garantiza el artículo 51 de la Constitución [...] ²⁹¹

La actora también cuestionaba la constitucionalidad el artículo 114 del Código Civil que establecía que: “El marido puede oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del hogar, siempre que suministre lo necesario para el sostenimiento del mismo y su oposición tenga motivos suficientemente justificados. El juez resolverá de plano lo que sea procedente”. En relación con ello, la Corte opinó lo siguiente:

²⁹⁰ María del Rosario Valpuesta Fernández, Ob. cit., pp. 292-294.

²⁹¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, María Eugenia Morales Acuña de Sierra contra el Estado de Guatemala, 24 de junio de 1993. Ver: Isabel Cristina Jaramillo, Ob. cit., p. 334.

[...] Al respecto, se advierte que esta norma impugnada está estrechamente vinculada a la del artículo 113 del Código civil, considerada precedentemente. En efecto, el artículo 113 -en armonía con los fines inherentes al matrimonio y con los derechos y obligaciones derivados de la maternidad, como ya se dijo- establece la obligación de que, cuando la mujer desempeñe un empleo, profesión, industria, oficio o comercio, no perjudique el interés y cuidado de los hijos y las demás atenciones del hogar; el artículo 114, por su parte, legitima al marido para oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del hogar, siempre que suministre lo necesario para el sostenimiento del mismo y que su oposición tenga motivos justificados, en cuyo caso compete al juez resolver de plano al respecto [...]²⁹²

Lo que hace esta sentencia es legitimar, a través del discurso judicial, los tradicionales criterios de valoración de los atributos, roles y espacios asignados en forma diferenciada a hombres y mujeres. Evidentemente, para el juzgador, la responsabilidad primordial de la mujer en el matrimonio consiste en cuidar a los hijos y atender el hogar. La mujer podría desempeñarse en otros campos de la vida social, pero sin descuidar el cumplimiento de sus obligaciones de esposa y madre. De este modo, la decisión de la Corte legitima la doble y hasta triple carga que soportan las mujeres que se desenvuelven en el ámbito público –como el laboral, el político, el comunitario– sin haberse modificado la asignación de tareas y responsabilidades impuestas socialmente a la mujer en el ámbito privado. El marido tiene la potestad de oponerse a que la mujer incurra en otros campos que no sean el doméstico-familiar, siempre y cuando demuestre que cumple con el mandato social establecido para el varón: ser el principal

proveedor económico del hogar.

Otra de las críticas que se dirigen a las decisiones de los jueces latinoamericanos tiene que ver con la forma cómo interpretan las normas sobre violencia física y sexual contra las mujeres en sus hogares. A menudo los jueces refuerzan la idea de que las mujeres deben soportar dosis importantes de violencia antes de terminar una relación, con la excusa de que la intimidad familiar es un valor que los ordenamientos jurídicos protegen. A la Corte Suprema de Justicia del Perú le correspondió decidir si se protegía el privilegio masculino de ejercer violencia cuando a una mujer se le había negado el divorcio por no haber demostrado que la violencia ejercida contra ella fuera “permanente”. La mujer había solicitado el divorcio por daño psicológico, alegando haber sido insultada y agredida físicamente en reiteradas ocasiones. La Corte le negó el divorcio y dispuso que los integrantes del núcleo familiar se sometieran a una terapia de grupo para reconducir el comportamiento y el trato entre los miembros de la familia:

Que revisados los autos, puede colegirse que si bien es cierto que la parte demandante ha aportado medios probatorios (documentos: copia de denuncias policiales, grabaciones y fotografías y reconocimiento de los últimos) para tratar de llevar la convicción, [...] éstos no cumplen con la finalidad de producir convicción o certeza respecto al “permanente” menosprecio, insultos y agresiones verbales que afirma ser víctima, tratándose, como la propia actora expresa, tanto en su escrito de demanda como en su declaración prestada en el acto de la Audiencia realizada el cinco de febrero del presente año [...] de reacciones motivadas ante determinadas conductas de la misma.

Es necesario precisar que en el derecho de familia es fundamental el rol del juez,

²⁹² *Ibidem.*

quien en casos como el presente, cuando llega a su conocimiento la existencia de conflicto familiar, no puede adoptar una postura de simple espectador, correspondiéndole intentar restablecer el equilibrio roto y afianzar el núcleo familiar, prevaleciendo el interés superior que propugna preservar la integridad de la familia y la de sus miembros.²⁹³

Como se puede apreciar este fallo muestra la importancia que se le sigue concediendo a la unidad familiar, aun en contextos de agresión contra las mujeres. Al disponer que los cónyuges sean incorporados a un proceso terapéutico, e invitar a la mujer a que negocie nuevamente, como si no fuera el agotamiento de esta vía lo que generalmente le lleva a buscar una solución judicial, en la práctica, los jueces no hacen otra cosa que eximirse de aportar una solución al conflicto en el marco de los derechos de la mujer.²⁹⁴

En el ámbito ecuatoriano, el artículo 37 de la Constitución de 1998 establecía lo siguiente: “El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.- Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar.- El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.” Por su parte, el Código Civil vigente define la institución del matrimonio de la siguiente manera: “Art. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos,

²⁹³ Corte Suprema de Justicia de Perú, Luisa Lizárraga Prat de Kaelin contra Óscar Guillermo Kaelin Cavenecia, 10 de enero de 1997. Ver: Isabel Cristina Jaramillo, Ob. cit., pp. 347-348.

²⁹⁴ Isabel Cristina Jaramillo, Ob. cit., p. 353.

procrear y auxiliarse mutuamente.” Mientras que el artículo 105 del mismo cuerpo legal regula el divorcio como una de las formas de terminación del vínculo matrimonial y, a continuación, el artículo 110 de este mismo cuerpo legal establece las causas de divorcio.²⁹⁵

La forma como está regulada en nuestra legislación la terminación del matrimonio traduce una arraigada concepción sobre la “esencia” de la familia como fundamento de la sociedad. Las causas para la disolución del matrimonio están construidas de manera que aparecen como una “sanción” al cónyuge que incumple sus deberes conyugales y que atenta, de este modo, contra los fines del matrimonio. Entre las causales de divorcio, la del adulterio aparece como la sanción más grave que se le puede imponer al cónyuge que se apartó de su “deber ser”. Esto se deduce no sólo de su ubicación dentro de la lista de causales, la primera²⁹⁶, sino de lo que la sociedad, el Derecho, las instituciones jurídicas y los agentes sociales dicen y callan sobre la sexualidad y los cuerpos de hombres y mujeres. Históricamente, el ordenamiento jurídico se ha referido al adulterio y ha regulado sus efectos de distinta manera dependiendo de que sea cometido por el hombre o por “su” mujer, legitimando de esta manera, la forma en que la sociedad evalúa el ejercicio de la sexualidad en uno y otra.

²⁹⁵ Entre las causas de divorcio están: 1a.- El adulterio de uno de los cónyuges; 3a.- Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial; 11a.- El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges. El artículo señala que, en lo que fuere aplicable, las causas de divorcio deberán ser apreciadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse. También indica que la demanda de divorcio podrá proponerla el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11a. de dicho artículo.

²⁹⁶ Por ejemplo, la “tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice” aparece en quinto lugar. De la misma manera, antes de su derogatoria como delito, éste aparecía ubicado en el Código Penal como el primero de la lista de los delitos sexuales.

Son muy pocos los fallos de casación que se refieren al adulterio como causa de divorcio.²⁹⁷ En el primero de ellos, acorde con la concepción que inspiró la regulación del divorcio como sanción al cónyuge que infringía sus obligaciones conyugales, la sala especializada de la Corte Suprema casa la sentencia y desecha la demanda de divorcio planteada en contra de la mujer, señalando que únicamente puede demandar el divorcio el cónyuge que tenga la calidad de agraviado. En este caso, opina la sala que el demandante no tiene tal calidad porque en el expediente constan pruebas instrumentales y testimoniales de la existencia de hijos procreados por los dos cónyuges con otras parejas durante el matrimonio.²⁹⁸

En el segundo caso, la sala especializada corrige lo que considera un error por parte del tribunal de alzada y concede el divorcio planteado por el marido –quien había viajado a los Estados Unidos de Norteamérica hace más de cuatro años– en contra de la mujer por haber procreado un hijo fuera del matrimonio. En opinión de la sala, no se puede desconocer que la migración causa la ruptura de la unidad familiar, y que la formación de otras parejas se produce tanto en el exterior como dentro del territorio nacional. Pero lo más interesante de esta sentencia es que ubica la honestidad de la mujer como el fundamento para decidir sobre la tenencia y la situación económica de los hijos comunes. En efecto, al no haber encontrado “una actuación de deshonestidad” que incida determinadamente para acordar la situación económica y la tenencia de los hijos comunes, y al no haber establecido causas para la suspensión o pérdida judicial de la patria potestad, la sala asigna a la madre la patria potestad de sus hijos, debiendo el

²⁹⁷ La Resolución No. 195 – 2000 de 18 de mayo del 2000, Quimiz vs. Túarez, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 231, 26 de diciembre de 2000 y la Resolución No 204-2004 de a 1 de septiembre de 2004, Otavalo vs. Sisalima, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 546, 17 de marzo de 2005.

²⁹⁸ Resolución No. 195 – 2000 de 18 de mayo del 2000, Quimiz vs. Túarez, Corte Suprema de Justicia,

padre pasar una pensión de alimentos para la subsistencia, educación y cuidado de los mismos.²⁹⁹ De esta manera, el discurso oficial de la sentencia legitima la sanción social ya dada a la esposa por haber procreado un hijo fuera del matrimonio, y afirma el rol de “cuidadora presente” de la madre, así como el rol de “proveedor ausente” del padre, asignados culturalmente.

Otra de las causas de terminación del matrimonio se configura por las injurias graves o la actitud hostil. Para realizar el análisis de este tema, se han escogido dos sentencias en recursos de casación, que evidencian cómo los jueces construyen y reproducen de manera a-histórica los imaginarios sociales en torno a la masculinidad y la feminidad, presentando las características de lo masculino y lo femenino como si fueran “naturales”, es decir, inherentes a una supuesta esencia de hombres y mujeres. Por ejemplo, en uno de los fallos estudiados³⁰⁰ los juzgadores expresan que, para que los hechos puedan ser calificados como injurias graves, se requiere conocer el grado cultural de los cónyuges, no obstante, el hecho de que la mujer haya afirmado que cometió un error al haberse casado con su marido porque tenía otro hombre, por sí solo, constituye una injuria grave, gravísima, sea cual fuere el grado cultural de una persona, porque hiere la calidad de cónyuge.³⁰¹ De esta manera, la sala reproduce las

Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 231, 26 de diciembre de 2000.

²⁹⁹ Resolución No 204-2004 de 1 de septiembre de 2004, Otavalo vs. Sisalima, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 546, 17 de marzo de 2005.

³⁰⁰ No. 9-2002 de 14 de enero del 2002, Mocha vs. Yauripoma, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 562, 24 de abril de 2002.

³⁰¹ En otro de sus fallos, los jueces ubican en los instintos –y no a las construcciones sociales– el origen de las injurias graves o de la actitud hostil: “Estas actitudes injurídicas, deben configurarse en una habitualidad, consistente en la actitud que se hace, posee o padece constantemente, modo especial de proceder o conducirse adquirido por la repetición de actos iguales o semejantes, originados por tendencias instintivas, en oposición a los actos esporádicos, ocasionales o aislados, en que no se evidencia una actitud consuetudinaria o reiterativa, sino más bien situaciones determinadas y específicas”. Ver la Resolución No. 186 – 2001 de 14 de mayo de 2001, Torres vs. Bohórquez, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 385, 7 de agosto del 2001.

representaciones sociales dominantes construidas en torno a la masculinidad y la feminidad, presentándolas como naturales.

En esta misma línea, un dato valorado positivamente por los jueces para descartar la existencia de injurias como causa del divorcio, es el cumplimiento cabal del rol de esposa y madre. Ciertamente, para negar la demanda de divorcio planteada en contra de la mujer por esta causa, los jueces resaltan el hecho de que los hijos vivan bajo la protección y cuidado de su madre, que ésta sea una mujer “honesta”, dedicada al hogar, y que en el tiempo en que se demandó el divorcio se haya encontrado embarazada.³⁰²

Por otra parte, la jurisprudencia analizada sobre este tema, permite afirmar que la movilización de las mujeres ecuatorianas por el reconocimiento de su derecho a una vida libre de violencia, el abandono de la concepción de la violencia como un fenómeno privado y su reconocimiento como un problema que merece la consideración del Estado, así como las investigaciones sobre las características, dimensiones y efectos de las violencias que sufren cotidianamente las mujeres, están ausentes de las discusiones y reflexiones de los jueces cuando conocen y resuelven los casos de divorcio por injurias graves o actitud hostil.

La Corte Suprema de Justicia, cuando decide sobre estas causas de divorcio, lo hace “a espaldas” de las demandas del movimiento de mujeres, cuya movilización ha significado la adopción, por parte del Estado, de importantes medidas de carácter legislativo y de política pública en torno a la violencia de género, como es el caso de la aprobación de la Ley 103 sobre Violencia a la Mujer y la Familia, así como el

³⁰² Ver la Resolución No. 221-2001 de 23 de mayo de 2001, Moreta vs. Andrango, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 385, 7 de agosto de 2001.

reconocimiento, por parte del Estado, de que la violencia constituye un problema de salud pública.

A partir de las reformas introducidas al Código Civil en 1989³⁰³, la causal tercera del Art. 109 del Código Civil permite demandar el divorcio o por injurias graves o por actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, en tanto que la causal anterior a las mencionadas reformas prescribía que para la procedencia del divorcio debían existir ambas condiciones.³⁰⁴ El espíritu del Legislador al introducir esta reforma había sido el de establecer dentro de un mismo numeral dos causales distintas: por un lado las injurias graves y, por otro, la actitud hostil, cada una de las cuales podía por sí sola accionarse y probarse en juicio para obtener sentencia favorable de divorcio.³⁰⁵ En uno y otro caso, por supuesto, siempre que ocasionen un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, puesto que si las injurias graves y la actitud hostil no condujeran a tal falta de armonía, no habría lugar al divorcio.³⁰⁶

La causal de actitud hostil estaría configurada por los siguientes elementos: 1) Debe existir un comportamiento de agresión sistemática de un cónyuge por acción u omisión, que revele claramente enemistad y la intención de perturbar al otro. 2) La actitud hostil debe manifestar claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades. 3) Este estado habitual de falta de armonía de los cónyuges debe darse

³⁰³ Registro Oficial No. 256 de 18 de agosto de 1989.

³⁰⁴ Resolución No. 264 – 2000 de 7 de julio del 2000, Gonzaga vs. Serrano, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 232, 27 de diciembre de 2000.

³⁰⁵ Resolución No. 153 – 2001 de 4 de abril del 2001, Juicio No. 264 - 99, Terán vs. López, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 353, 22 de junio de 2001.

³⁰⁶ Resolución No. 242 – 2001 de 26 de junio del 2001, Juicio No. 47 – 2001, Ortiz vs. Ruiz, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 380, 31 de julio de 2001.

en la vida matrimonial. 4) La demanda por esta causal debe ser presentada por el cónyuge agraviado o perjudicado.³⁰⁷

Además, puesto que la causal de injurias graves o actitud hostil implica una transgresión de los deberes que recíprocamente contraen los cónyuges en virtud del matrimonio –guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida–, en los fundamentos de hecho de la acción de divorcio deberían constar debidamente especificadas y detalladas las injurias que el/la actor/a estima revisten la calidad de graves, o las actitudes que considera hostiles y que, además, manifestarían a su juicio un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, porque el/la demandado/a requiere conocer de las imputaciones que se le hacen, a fin de ejercer su derecho de defensa.³⁰⁸

El/la actor/a tendría la obligación de actuar las pruebas necesarias para acreditar la gravedad y la frecuencia de las ofensas. Las ofensas aisladas por sí solas no permitirían establecer un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades. En efecto, los jueces exigen que la prueba demuestre qué tipo de ofensas se han producido, cuántas y en qué circunstancias, una “secuencia de hechos hostiles o de injurias graves en el tiempo, cada uno de ellos relatado en circunstancias de modo, tiempo y lugar”.³⁰⁹ En

³⁰⁷ Resolución No. 237-2007 de 10 de julio del 2007, Simbaña vs. Godoy, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 508, 16 de enero de 2009.

³⁰⁸ Ver la Resolución No. 247 – 2001 de 28 de junio del 2001, Juicio No. 57 – 2001, Cedeño vs. Linzán, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 380, 31 de julio del 2001. La misma posición en reiterada en la Resolución No. 182-08 de 26 de agosto del 2008, Juicio No. 240-07, Nájera vs. Obando, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 152, Suplemento, 17 de marzo de 2010. La posición contraria puede ser revisada en la Resolución No. 130-2003 de 3 de junio de 2003, Sarmiento vs. Gómez, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 155, 26 de Agosto del 2003: “Ninguna norma exige que en una demanda de disolución del vínculo matrimonial, por injurias graves y actitud hostil, quien la propone tenga que mencionar en el propio libelo las injurias y detallar la actitud hostil; es obvio que ello debe hacerlo dentro del término probatorio, como efectivamente así ha ocurrido, según los fallos de primera y segunda instancias.”

³⁰⁹ Resolución No. 247 – 2001 de 28 de junio del 2001, Juicio No. 57 – 2001, Cedeño vs. Linzán, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 380, 31 de julio del 2001.

este sentido, hechos observados “una sola vez hace unos cinco meses”, “dos hechos aislados” o hechos escuchados “en tres ocasiones”, no permitirían establecer con certeza la habitualidad, ya que en opinión de los jueces lo habitual debe entenderse como algo constante, permanente, que se repite con cierta frecuencia en el tiempo.³¹⁰

Aplicando los criterios antes consignados al examen de una sentencia impugnada, analizando las pruebas aportadas al proceso por el actor, sobre todo, las declaraciones de los testigos presentados por el él, la Primera Sala de lo Civil concluye que éstas no logran corroborar la afirmación del actor de que las injurias proferidas por parte de su cónyuge eran de tal gravedad y frecuencia que evidenciaban un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. La sala hace un análisis de la posición y del poder de los sujetos en el entorno matrimonial:

Analizadas las testimoniales, a la luz de la sana crítica, se advierte que el actor observó un comportamiento que constituye verdadero abuso de su posición de cónyuge al llevar, avanzada la noche, a extraños al hogar que tenía establecido con la demandada, y pretender que ella les atienda, posición ante la cual es comprensible que la demandada haya reaccionado, inclusive en forma inmoderada frente a su marido que no tiene el comedimiento de tratarla con la debida consideración y respeto; únicamente una concepción machista podría llevar a concluir que la reacción de la demandada constituye injuria grave o una demostración de actitud hostil de su parte que legitimaría se entable la

³¹⁰ Ver, por ejemplo, la Resolución No. 68 – 2001 de 28 de febrero de 2001, Cherre vs. Mendoza, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 338, 1 de junio del 2001; y, la Resolución No. 57-2007 de 1 de marzo del 2007, Juicio N° 197-2006, Cárdenas vs. Vela, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 367, Suplemento, 25 de junio de 2008.

acción de divorcio. Por lo tanto, al no haberse probado la causal invocada, no existe fundamento para admitir la acción.³¹¹

Ésta es la única sentencia que intenta realizar un examen particular de la desigual posición en la que con frecuencia se encuentran las mujeres en el entorno familiar, ya que en general las decisiones de los jueces omiten sistemáticamente el análisis de esta realidad social al momento de caracterizar la gravedad de las injurias y la frecuencia de los actos hostiles.

Sobre este tema, el voto de minoría de la Resolución No. 106 – 2000³¹² dictada por la Segunda Sala de lo Civil opina que, para que proceda el divorcio por injurias graves, es necesario que las ofensas sean “de tal gravedad que atenten contra la vida, la honra y dignidad de la parte ofendida”. Está claro que lo que se llegue a considerar como atentatorio contra la vida, la honra y la dignidad de las mujeres, aplicado al caso concreto, dependerá de la concepción que tengan los juzgadores sobre la justicia, así como de los efectos de las injurias o de la actitud hostil en el ejercicio de sus derechos humanos. Así, el órgano juzgador llegará a decir que estos hechos “hieren los sentimientos de la mujer”, o que “afectan, sobre todo, la salud mental de los hijos”, o que la agresión física y psicológica sufrida por la mujer –que desestabilizó su salud mental– no es suficiente para configurar la causal de divorcio por injurias graves.

En efecto, en unos casos, la actitud hostil de un cónyuge es definida como “todo hecho enemistoso que lesiona la justa susceptibilidad del otro y que, por su gravedad calificada de acuerdo con la educación y posición social de los cónyuges y el medio

³¹¹ Resolución No. 247 – 2001 de 28 de junio del 2001, Juicio No. 57 – 2001, Cedeño vs. Linzán, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 380, 31 de julio de 2001.

³¹² Resolución No. 106 – 2000 de 5 de abril del 2000, Juicio No. 150 – 98, Fiallos vs. Freire, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Civil y Mercantil, Quito, Registro Oficial N° 94, 8 de junio de 2000.

ambiente en que se desenvuelven, manifiesta claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial”.³¹³ Aplicando este criterio, se llega a la conclusión de que las pruebas valoradas por el tribunal de instancia, esto es: los testimonios, la inspección judicial, el proceso seguido en la Comisaría la Mujer y la Familia, la denuncia realizada con el padre de la actora, fotografías, confesión judicial de la actora, entre otras, se halla justificada procesalmente la existencia de los elementos fácticos que conforman la actitud hostil que manifiestan claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial:

[...] la Sala ad quem llegó a la convicción que el demandado [...] ha observado una conducta agresiva, prepotente y grosera en las relaciones matrimoniales con su mujer, lo que ha herido los sentimientos de ésta y motivado una reacción de enojo y resentimientos profundos, todo lo cual ha traído como consecuencia la falta habitual de armonía de las dos voluntades, a tal punto que no es posible la reconciliación de los cónyuges. [...] Ciertamente que el matrimonio es la célula vital de la sociedad y que debe preservarse, así como también que los hijos son las víctimas de las consecuencias negativas del divorcio, pero no es menos cierto que es imposible mantener por la coacción legal un matrimonio en permanente conflicto, situación que puede afectar a la salud mental de los hijos comunes en mayor medida que la separación de sus padres.³¹⁴

En otras ocasiones, se llega a la conclusión de que “la actitud hostil se origina en ambos cónyuges, al haberse acreditado en el proceso las denuncias presentadas por uno

³¹³ Resolución No. 242 – 2001 de 26 de junio del 2001, Juicio No. 47 – 2001, Ortiz vs. Ruiz, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 380, 31 de julio de 2001.

³¹⁴ No. 251-2007 de 11 de septiembre del 2007, Juicio No. 17-2007, Valarezo vs. Jáuregui, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 606, Suplemento, 5 de junio de 2009.

y otro cónyuge en la Comisaría de la Mujer y la Familia, denunciando maltrato físico, psicológico y hostil” e, incluso, llegando los cónyuges a recibir un tratamiento psiquiátrico. Dice la sala que: “La armonía dentro de la vida matrimonial se justifica por actos idóneos de amistad y mutua comprensión, situación que no sucedió con los cónyuges [...], que siempre estuvo afectada por las denuncias y trámites de Comisaría que nos llevan a precisar que la educación y posición social, no constituyeron un factor favorable para solventar un equilibrio conyugal.”³¹⁵

Finalmente, se acepta el divorcio planteado por la mujer, por la causal de abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente, sobre la base de los testimonios de testigos, quienes concuerdan en señalar que el hogar “fue siempre carente de armonía, y que el demandado abandonó a la actora, descuidando además sus obligaciones para con el hogar y con su hijo menor de edad”. No obstante, la agresión física y psicológica sufrida por la mujer, que determinó que deba recibir “tratamiento para mejorar su salud mental, desestabilizada por el maltrato del accionado”, no es suficiente, en opinión del órgano juzgador, para probar que existieron injurias graves.³¹⁶

De esta manera, la problemática de la violencia de género es invisibilizada al momento de tomar la decisión. En la mayoría de los casos, las denuncias y los procedimientos realizados en las Comisarías de la Mujer y la Familia no necesariamente son apreciados como indicativos de la gravedad de la injuria o de la frecuencia de la actitud hostil, o son presentados como evidencia de que las ofensas provienen de ambos

³¹⁵ Resolución No 270-2004, Rivera vs. Ferretti, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 9, Quito, 3 de mayo de 2005.

³¹⁶ Resolución No. 126-2007 de 17 de abril de 2007, Juicio No. 390-2006, Andrade vs. Reyes, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 388, Suplemento, 24 de julio de

cónyuges. Esto es consecuencia de la forma de concebir las injurias graves y la actitud hostil: como actos que lesionan la justa susceptibilidad del otro/a, o hieren sus sentimientos, o afectan la salud mental de los hijos e hijas, pero no como actos que afectan el ejercicio de los derechos del cónyuge que tiene menos poder –generalmente, la mujer–, o nunca como un atentado contra su derecho a una vida libre de violencia.

Esta forma de apreciar la gravedad de las injurias y los efectos de la actitud hostil, como causa de divorcio, no toma en cuenta los derechos de la víctima que han sido vulnerados por los actos de violencia. A pesar de que las mujeres prueben los hechos de violencia física o psicológica, los jueces entienden que las injurias graves, para ser causa de divorcio, deben ser “constantes”; que la constancia requiere algo más que una sucesión de hechos; que la violencia está justificada cuando se produce como reacción ante determinadas conductas, y en tales casos no puede ser considerada como causa de divorcio; que la integridad de la cónyuge no es tan importante como “la integridad de la familia”; y que, por lo tanto, se debe promover la “reconciliación”:

[...] según las ideas y creencias de los jueces, la cónyuge debe soportar necesariamente “una cuota mínima” de violencia familiar. De esta forma, uno o algunos actos de violencia familiar, considerados por debajo de ese mínimo, no justificarían en su opinión que una demanda de divorcio fuera declarada fundada [...] Adicionalmente, consideran más importante mantener el vínculo matrimonial antes que proteger los derechos de la mujer agredida. Estas ideas dan sustento a una determinada interpretación de la violencia familiar como causal de divorcio. Por último, parecen no considerar que el ámbito familiar o doméstico pueda ser también un lugar identificado con la subordinación

femenina.³¹⁷

Se entiende, de esta manera, que las formas de violencia intrafamiliar deben ser “excesivamente crueles o constantes”, es decir, que las mujeres deben soportar determinadas dosis de maltrato de forma sostenida en el tiempo, para ser admitidas como causa de divorcio. Con este tipo de interpretaciones se restringe la posibilidad de que las mujeres puedan obtener una sentencia favorable en los procesos de divorcio por violencia intrafamiliar. Se refuerza la idea de que la mujer debe soportar la violencia intrafamiliar en aras de conservar el vínculo matrimonial. Se omite el análisis de los derechos humanos, olvidando que la violencia intrafamiliar es una manifestación de la discriminación contra la mujer, que viola el derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual, que vulnera el derecho a una vida libre de violencia en los ámbitos privado y público y que, incluso, pone en riesgo el derecho a la vida.³¹⁸

Entre las causales de divorcio contempladas en el Art. 110 del Código Civil ecuatoriano, el numero 11 prevé “El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo –continúa el artículo en referencia–, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.” En el análisis

³¹⁷ Rocío Villanueva Flores, “Análisis del Derecho y perspectiva de género”, en *Sobre Género, Derecho y discriminación*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú / Defensoría del Pueblo, 1999, p. 36.

³¹⁸ El caso español también es un buen ejemplo de ello. En efecto, la jurisprudencia exigía prueba concluyente sobre la existencia de malos tratos, reclamando como requisito para su apreciación –y para la estimación de la causa de separación alegada por la esposa– la reiteración en la conducta, es decir, no bastaba una agresión. En opinión de los jueces, la vida matrimonial implicaba la existencia de momentos de tensión en los que era “natural” que un cónyuge reaccione de forma violenta para responder a las ofensas del otro, o para corregirle. Los jueces también exigían como requisitos la gravedad de la agresión y el elemento intencional, pues de otra manera, la agresión no podía dar lugar a la separación. Consultar el estudio de Violeta Villar Laiz y otras, “Ámbito Civil”, en M^a José Varela Portela, coord., *Mujer y Justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2002,

que realizan sobre el abandono como causa de divorcio, los jueces van construyendo un discurso en torno a las identidades de hombres y mujeres, fundamentalmente, en torno a la oposición “proveedor/cuidadora”.

En general, las Salas de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia han afirmado que la situación de abandono se produce por la inexistencia de relaciones conyugales y sexuales. Consecuentemente, esta causal desaparece si en el lapso en que se afirma existió abandono se prueba que sí hubieron relaciones de este tipo. La decisión de la Segunda Sala de lo Civil, ilustra esta afirmación:

[...] la presunción de derecho determinada en el artículo 62 del Código Civil dispone: “De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según las reglas siguientes: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de 180 días cabales y no más de 300, contados hacia atrás, desde la media noche en que principia el día del nacimiento”. La presunción de derecho bajo esta circunstancia nos permite deducir que la concepción del menor tuvo lugar a partir del 16 de agosto de 1995, lo cual virtualmente establece que [los cónyuges] no estuvieron separados; que mantuvieron relaciones conyugales y sexuales, producto de las cuales nació el menor [...].³¹⁹

En segundo lugar, es necesario determinar cuándo estamos frente a un abandono “voluntario e injustificado”. Es interesante apreciar cómo los estereotipos sobre hombres y mujeres, así como las concepciones sobre los roles y espacios que deben desempeñar y ocupar cada uno de ellos, de forma diferenciada, se hacen presentes a la

pp. 271-276.

³¹⁹ Resolución N° 126-99 de 24 de febrero de 1999, Juicio N° 317-97, Pérez vs. Lalaleo, Corte Suprema, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, Gaceta Judicial, Serie XVI, N° 14, enero-abril de 1999.

hora de evaluar la existencia de esta causal de divorcio. Por ejemplo, si la ausencia de la esposa tiene como antecedente su grave estado de salud, ésta no es caracterizada como voluntaria e injustificada.³²⁰ Tampoco se considera injustificado el alejamiento del marido por motivo de trabajo, en razón de las circunstancias económicas:

[...] De fojas veintiocho a doscientos cincuenta y uno, obra una abundante documentación que se refiere a envíos de ropa, zapatos, chocolates, pero fundamentalmente, envíos de dinero realizados en forma permanente [...] desde el año 1995 hasta mayo del 2002. Esta documentación que si bien no se halla presentada dentro del término de prueba, no ha sido impugnada y más bien en ella ha sustentado la actora su alegato, explicando que en los giros no se puede incluir cariño... Toda esta documentación revela que si bien el demandado salió del país, ese hecho no devino en abandono, toda vez que, durante todo el tiempo de su ausencia y en forma permanente estuvo asistiendo económicamente a su esposa [...]. Esos actos revelan por una parte que el demandado cumplía con uno de los propósitos del matrimonio, cual es el brindar auxilio [...].³²¹

En este caso, el marido logra demostrar que está desempeñando el rol que le fue asignado socialmente y así lo legitima el intérprete. En efecto, la resolución se adopta desde la perspectiva del “proveedor” de manera que el auxilio es presentado como sinónimo de “asistencia económica a la esposa”. Sin embargo, no siempre queda claro cuál es el parámetro utilizado por los jueces para establecer cuándo el cónyuge se ha apartado de su obligación de “mantener la unidad e integridad del núcleo familiar, administrar la sociedad conyugal, y atender los gastos necesarios para el mantenimiento

³²⁰ Resolución No 101-2004 de 14 de abril del 2004, Monar vs. Zurita, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 429, 27 de septiembre de 2004.

³²¹ Resolución No. 177-2004 de 17 de septiembre del 2004, Espinoza vs. Ortega, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 563, 12 de abril de 2005.

de su cónyuge y la educación de sus hijos”. Cuando el cónyuge no vive con su mujer, sino en una ciudad diferente, en una vivienda no común al matrimonio, en la que tampoco viven los hijos comunes del matrimonio, aunque esporádicamente envíe pequeñas sumas de dinero y alimentos, en opinión de los jueces, sí ha abandonado a su cónyuge y a su familia, ha incumplido su obligación primordial de administrar la sociedad conyugal, y ha omitido su deber de proporcionar los medios de subsistencia necesarios.³²²

En este caso, si bien los jueces casan la sentencia y declaran con lugar el divorcio, no es que hayan adoptado una perspectiva diferente. Los jueces continúan desarrollando su argumentación teniendo como marco el paradigma de las esferas separadas, de acuerdo con el cual existen unos espacios que han sido asignados específicamente para hombres o para mujeres. Detrás de la concepción de los jueces está la idea de que, mientras el hombre puede desempeñarse tanto en el lugar del trabajo remunerado, el de la provisión, así como en el espacio de la familia, como administrador de la sociedad conyugal, la mujer está destinada “naturalmente” al espacio doméstico, de los afectos y del trabajo doméstico no remunerado. Por lo tanto, necesita ser cuidada y asistida económicamente, solo que en este caso, el demandado no logra probar que lo hace en la proporción “debida”.

El alcance del abandono por más de tres años también es objeto de análisis por parte de las Salas de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. En primer lugar, se considera que el numeral 11a del Art. 110 del Código Civil en realidad no contiene dos causas para el divorcio, sino que el inciso segundo de dicho numeral lo que en realidad

³²² Resolución No. 250-007 de 11 de septiembre del 2007, Juicio No. 257-2006, Lituma vs. Cabrera, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 606, Suplemento, 5 de junio de 2009.

hace es identificar al cónyuge que está legitimado activamente para promover el divorcio:

El Art. 109 del Código Civil enumera en forma taxativa las causas para el divorcio y en entre esta la especificada en numeral 11ª que dice: “El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges”. Del texto transcrito, se aprecia que el numeral 11a contiene una sola causal para el divorcio: El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge por el tiempo de más de un año ininterrumpido. - El inciso segundo de este numeral, en realidad no establece una nueva causal para el divorcio sino que hace una diferenciación en lo que concierne al cónyuge que está legitimado activamente para promover el divorcio. Su sentido y alcance es claro al disponer que cuando el abandono fuere de más de un año hasta tres años el divorcio podrá ser demandado únicamente por el cónyuge abandonado; y si el abandono excediere de tres años por cualquiera de los dos cónyuges.³²³

Por otra parte, se establece la necesidad de discriminar cuándo estamos frente al “abandono”, y cuándo éste deja de tener importancia jurídica, para convertirse en “separación”, pudiendo ser invocado por cualquiera de los cónyuges, no sólo por aquel que se considere agraviado:

[...] esta causa procede: a) Cuando hay abandono del otro cónyuge; b) Cuando este abandono es voluntario e injustificado; c) Cuando el abandono ha tenido lugar por más de un año ininterrumpidamente. Únicamente puede invocar esta causal el cónyuge agraviado

³²³ Resolución No. 192 – 2000 de mayo 3 de 2000, Juicio No. 88 – 99, Álvarez vs. Mera, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 108, 28 de junio del 2000.

por el abandono del otro cónyuge; por eso tiene importancia aquí el concepto de abandono, pero el abandono “voluntario e injustificado”. Mas en este juicio se invoca el caso segundo de la causal 11ª de divorcio, esto es, que “... si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges”. ¿Cuáles son las características jurídicas de este segundo caso?: a) No se aplica el concepto de cónyuge agraviado; y, por lo tanto, no tiene importancia jurídica el hecho del abandono del otro cónyuge, ni la naturaleza de ese abandono; b) Por lo dicho en el literal anterior, en este caso basta comprobar la separación de los cónyuges; c) El divorcio procede si el abandono o separación hubiere durado más de tres años; y, d) En este caso puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges.³²⁴

Pero lo que llega a apreciar como “separación” no deja de estar exento de dificultades a la hora de evaluar las pruebas presentadas y aportadas por las partes en un juicio de divorcio. Las representaciones de género de los juzgadores ocupan un lugar central en la configuración de esta causal:

[...] el Tribunal llega a colegir que los esposos, demandante y demandada, se encuentran separados por más de tres años, según se evidencia de los documentos que se ha agregado al proceso, que justifican haber disuelto la sociedad conyugal, que se ha seguido juicio de alimentos para uno de sus hijos, como para la demandada en contra del demandante, que se evidencia la separación conyugal, cuando la misma demandada al dirigirse a la señora Comisaria de la Mujer y de la Familia, cuyo escrito obra a fs. 90 de los autos, dice: “...Conozco que desde hace ocho años aproximadamente, mi indicado esposo tiene una conviviente, a quien le dedica la mayor parte de su tiempo y del sueldo que

³²⁴ Resolución No. 66-2006 de 9 de marzo del 2006, Maldonado vs. Franco, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 347, 1 de septiembre de 2006.

percibe como empleado público; y esta es la causa para que se haya descuidado del hogar que lo tiene formado con la compareciente [...].³²⁵

En opinión de la sala especializada³²⁶, existe arbitrariedad en la conclusión a la que llega el tribunal, pues ninguno de los criterios expuestos acredita por sí solo la separación de los cónyuges en los términos que exige el Art. 110, numeral 11 del Código Civil para el divorcio. Adicionalmente, el discurso que el tribunal construye para fundamentar su decisión de disolver el vínculo matrimonial contiene una fuerte carga ideológica en torno al “deber ser de cada sexo” que, habiendo sido quebrantado por los dos contrayentes (el cónyuge por dejar de cumplir su rol de proveedor y la cónyuge por ejercer sus derechos) le permite al juzgador llegar a la conclusión de que el matrimonio ha perdido su razón de ser.

En medio de la reflexión en torno a cuándo estamos frente a un abandono propiamente dicho y cuándo éste se convierte en una separación, por efecto del paso del tiempo, pudiendo ser demandado por cualquiera de los cónyuges sin referencia a la calidad de “agraviado”, la Tercera Sala de lo Civil asume una nueva postura frente a la concepción del abandono, que la toma prestada de la jurisprudencia española, introduciendo en el análisis de las causas de abandono la falta del “affectio conjugalis” o “affectio maritales”.³²⁷ La sala sostiene que esta causal debe ser interpretada de manera más flexible y amplia, pudiendo llegar a admitirse, aun cuando la ley no lo contemple expresamente, “la quiebra de la convivencia conyugal” y “la desaparición del

³²⁵ Razonamiento del tribunal ad quem, cuestionado en la Resolución No. 268-2007 de 28 de agosto de 2007, Chamba vs. Cajamarca, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 589, 13 de mayo de 2009.

³²⁶ Resolución No. 268-2007 de 28 de agosto del 2007, Chamba vs. Cajamarca, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 589, 13 de mayo de 2009.

³²⁷ No. 194-2002 de 13 de septiembre del 2002, Camacho vs. Ramírez López, Corte Suprema de Justicia,

“affectio conyugalis” como causas de divorcio por separación. De esta manera, dice la sala, no habrá necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivos de separación matrimonial.

El criterio de que los cónyuges no deberían ser obligados a vivir juntos, cuando al menos uno de ellos es contrario a tal posibilidad, sería la base de la decisión del juez, siendo la mera presentación de la demanda de separación indicativa de ese contrario deseo, en otras palabras, la presentación de la demanda de separación pone de manifiesto la ruptura de la “affectio maritalis”, sin la cual el matrimonio carecería de sentido. En opinión de la sala, esto implicaría adoptar una concepción más acorde con la doctrina moderna, de manera que si existiera una separación de los cónyuges por más de tres años consecutivos, el juez debería interpretar la ley en términos menos conservadores y más realistas.³²⁸ De este modo, se pone énfasis en “el ánimo y la voluntad” del cónyuge para dejar el hogar y terminar con la relación matrimonial, pues, si desaparece el deseo de mantener la convivencia y de promover el auxilio mutuo, desaparecerían los elementos que definen el matrimonio:

En este caso, el actor [...] en su propia demanda ha expresado con absoluta claridad que su voluntad fue la de abandonar permanentemente el hogar que tenía conformado [...], así como también demostró que a la fecha de presentación de su demanda, había transcurrido el plazo de tres años que determina la ley, pues se ausentó del país para radicarse en Italia. El hecho de que el actor haya estado por unos días en el Ecuador para

Tercera Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 704, 14 de noviembre de 2002.

³²⁸ Esta tesis es reiterada por la Tercera Sala en varias resoluciones, entre ellas: No. 108-2003 de 29 de abril de 2003, Tapia vs. Cordero, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 125, 15 de julio del 2003; No. 126-2003 de 27 de mayo de 2003, Nebot vs. Nevárez, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 155, 26 de Agosto del 2003; No. 185-2007 de 31 de mayo del 2007, Juicio No. 47-2007 Zavallos vs. Paladines, Corte Suprema de

asistir a la primera comunión de su hija, no significa de manera alguna que se hayan reanudado las relaciones conyugales, pues aquello fue motivado por los lazos afectivos del padre hacia su hija. Si el deseo del actor fue el abandonar el hogar, aquello corresponde exclusivamente a su iniciativa personal y lo contrario (el hecho solo de separarse) no puede ser demostrado por testigos, quienes no están en capacidad de señalar cuál fue la verdadera intención del cónyuge, como tampoco puede ser interpretada por el juzgador, dándole otro alcance y sentido.³²⁹

Como es fácil deducir, esta tesis está lejos de que pueda llegar a ser admitida pacíficamente por la jurisprudencia. Por ejemplo, la Primera Sala de lo Civil rechaza un recurso de casación propuesto por el cónyuge, invocando la causal 11ª del Art. 109 del Código Civil, indicando que se encuentra separado de su mujer sin que hayan tenido ninguna clase de relaciones conyugales. La sala construye su respuesta a partir de dos elementos que considera centrales, el primero, referido a la protección que la Constitución Política ordena para esta institución jurídica por parte del Estado, y, el segundo, relativo al modo en que el legislador especifica los motivos por los cuales los cónyuges pueden demandar la terminación del matrimonio, ello, “en protección de la institución del matrimonio”. Afirmar la sala:

Que el Art. 81 del Código Civil define al matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.- El matrimonio es, como expresa la norma, un contrato solemne, fundado en el libre consentimiento de los contrayentes, que tiene esenciales finalidades y por ello es una institución jurídica que debe ser protegida por el Estado de conformidad a lo ordenado

Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 423, Suplemento, 11 de Septiembre de 2008.

³²⁹ Resolución No. 135-2007 de 24 de abril de 2007, Juicio No. 75-2005, Bigoni vs. Ordóñez, Corte

por el Art. 31, inciso 2° de la Constitución de la República que expresa que “se” protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar.³³⁰

Adicionalmente, señala que el Legislador, en protección de la institución del matrimonio, dictó normas claras y específicas precisando los motivos o causales por las cuales los cónyuges pueden demandar la terminación del matrimonio, ya sea por mutuo consentimiento, o ya sea por voluntad de uno de ellos por causales legales. Y recalca que la causal se refiere al abandono y no a la separación de cualquiera de los cónyuges. Abandono y separación –dice– son términos total y absolutamente distintos:

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, “abandono es acción y efecto de abandonar” y “abandonar” es “dejar, desamparar a una persona o cosa”. Don Guillermo Cabanellas de Torres, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, nos enseña que el “abandono conyugal” consiste en “la dejación voluntaria y culposa que el marido o la mujer hace de cualquiera de los deberes mencionados con su convivencia peculiar”. 1.- Aspectos: Tal conducta comprende, en sus especies, desde la manifestación más visible de alejarse del hogar común sin justificación adecuada, la cohabitación externa, hasta la interrupción íntima del débito matrimonial, la cohabitación corporal, sin excusa bastante por salud o edad. Abarca también la negativa a cooperar económicamente al mantenimiento del hogar de acuerdo con los ingresos habituales o el patrimonio permanente.

Los jueces de la sala especializada recuerdan que las salas de casación en materia civil han sido unánimes en establecer la diferencia entre ambos vocablos. La separación

Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 551, 18 de marzo de 2009.

³³⁰ Resolución No. 265-07 19 de septiembre de 2007, Juicio No. 337-2006, Naranjo vs. Hernández, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 586, 8 de mayo de 2009. Este criterio es reiterado por la Primera Sala en la Resolución No. 124-08 de 22 de mayo de 2008, Juicio No. 95-2007, Serrano vs. Campuzano, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 40, 5 de octubre de 2009.

de los cónyuges no presupone necesariamente el abandono del hogar común por uno de ellos, ya que es frecuente que, por circunstancias diversas como la realización de estudios, desempeño de funciones públicas o privadas, prestación de servicios personales con o sin relación de dependencia etc., los cónyuges fijen su domicilio en localidades diferentes. Incluso, por lo que dispone el Código Civil, los cónyuges pueden llegar a convenir en que cada uno de ellos tenga su residencia en lugares distintos sin que esto implique abandono.

Consecuentemente, no bastaría probar el hecho de la separación para que proceda la causal de divorcio. Para quienes se adhieren a esta tesis, la presentación de la demanda por parte del/la actor/a, como expresión de su ánimo y voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial, sería irrelevante. Parece ser que en el fondo de esta concepción está la defensa de la institución matrimonial, más allá de las circunstancias concretas en que se desenvuelve la vida cotidiana de hombres y mujeres.

3.3.2. La unión de hecho en el debate doctrinario y jurisprudencial

Durante mucho tiempo se ha presentado a la familia como una institución fundada en el matrimonio, indisoluble, heterosexual y destinada a la finalidad de la reproducción.³³¹ Se ve en la familia una institución esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación. En este sentido, hasta se llega a plantear que cualquier relación interpersonal no derivada inmediata o mediatamente de la generación (o de algún hecho jurídicamente equiparable), no tendría encaje en el modelo de familia constitucionalmente protegido:

³³¹ M. Olga Sánchez Martínez, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 58, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 45.

[...] Podrán darse, como se han dado tradicionalmente y se dan en el Derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes precisamente a proporcionar una familia a quien, por causas naturales o por irregular práctica de la generación, carece en rigor de ella o la que tiene no puede cumplir sus funciones esenciales adecuadamente, lo que, obviamente, será de particular aplicación a los menores (sería el caso del acogimiento y de la adopción, destacadamente, en la medida en que, concretamente esta última figura, comportará un vínculo analógico de filiación reconocido por el Derecho). Pero tales ampliaciones sólo podrán justificarse sobre la base precisamente del mantenimiento de la estructura esencial a toda familia, que deriva precisamente de las condiciones en que se produce la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona humana.³³²

El matrimonio o la ausencia de él determinarían la existencia o no de la familia constitucional. Desde este punto de vista, la familia guardaría relación intrínseca y esencial con el matrimonio, por lo que la Constitución protegería únicamente a la familia fundada en el matrimonio, y no a otras formas de convivencia *more uxorio*. Por ello, si bien existiría un deber constitucional de proteger a hijos y madres extramatrimoniales, esta protección sería subsidiaria debido a que se encuentran en una situación de debilidad y de necesidad de amparo y asistencia, precisamente, por faltarles el marco apropiado de la familia:

Debe darse, en suma, adecuadas soluciones a la patología familiar con vistas a

³³² José Luis Martínez López-Muñoz, “La familia en la Constitución española”, en *Revista Española de*

garantizar la máxima protección realmente posible de los hijos, especialmente –en cuanto sujetos enteramente pacientes de aquella patología, a los que se debe evitar el daño consiguiente en todo lo que sea ópticamente posible–, e incluso también de las madres, en particular en tanto deban ocuparse de sus hijos menores [...], pero en ningún caso permite [...] que la patología se acoja en sí misma, social, económica y jurídicamente, como la normal fisiología de la institución familiar.³³³

En este contexto, se puede afirmar que la aparición de nuevas formas de convivencia familiar, y su demanda de reconocimiento jurídico en condiciones de igualdad, provoca una verdadera ruptura respecto de las tradicionales maneras de concebir a la familia y al matrimonio, así como de regular sus efectos jurídicos. Así, se argumenta en doctrina:

La sexualidad y la afectividad fluyen y se sobreponen a aquellos esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido[...] Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio sea la relación exclusiva para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundidad lo sea también para ordenar la sociedad en familias [...]³³⁴

Las parejas de hecho heterosexuales buscan que se les reconozca consecuencias jurídicas similares a las de aquella institución legal, estable, formal y organizada: el

Derecho Constitucional, N° 58, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 17.

³³³ José Luis Martínez López-Muñoz, Ob. cit., pp. 42-43.

matrimonio. No obstante, uno de los argumentos esgrimidos para no conceder ciertos efectos jurídicos del matrimonio a las parejas de hecho heterosexuales es el respeto de su propia elección, bajo el criterio de que, pudiendo haberse casado no lo han hecho. Se termina así construyendo un discurso en torno a las parejas de hecho heterosexuales sobre analogías y diferencias con el matrimonio:

[...] la jurisprudencia y la doctrina, generalmente, parten de la no equiparación de tales situaciones y, por lo tanto, de que no cabe atribuir a las parejas de hecho más efectos de los que la ley expresamente tiene previstos. Si bien la exclusividad y la permanencia son notas que comparten con el matrimonio hay diversos argumentos para negar la extensión de efectos jurídicos de éste a las parejas de hecho. Entre ellos pueden destacarse: el respeto de la voluntad de las partes; la certeza jurídica derivada del carácter formal del matrimonio, tanto para su constitución como para su disolución, inexistente en la pareja de hecho; la específica garantía constitucional del matrimonio y no la de la pareja de hecho, se dirá que hay un derecho constitucional a casarse y no a crear una unión de hecho; el matrimonio produce por imperativo legal una serie de derechos y obligaciones a las cónyuges no operativo a otras situaciones; el legislador no ha dejado carente de efectos jurídicos a las parejas de hecho, sin perjuicio de que pueda en un futuro concederles otros, mientras así no se haga no existe laguna legal y, por lo tanto, no procede una aplicación analógica de las normas del matrimonio[...]³³⁵

Para reconocer una unión de hecho se exigen requisitos similares que para el matrimonio: heterosexualidad, exclusividad, igual capacidad que para casarse,

³³⁴ M. Olga Sánchez Martínez, Ob. cit., pp. 45-46.

³³⁵ M. Olga Sánchez Martínez, Ob. cit., p. 52.

aparición exterior de matrimonio e, incluso, el cumplimiento espontáneo de deberes conyugales. La ausencia de formalidad para constituirse en pareja de hecho se compensa con la exigencia de determinados años ininterrumpidos de convivencia. Puesto que la libertad y la espontaneidad de la relación es el rasgo central de las uniones de hecho, las legislaciones han establecido algunos requisitos que permiten constatar la existencia de una unión de hecho, tales como: fijar un plazo mínimo de convivencia, exigir el carácter público y notorio de la relación de hecho, e, incluso, su inscripción en un registro de parejas de hecho.³³⁶

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha venido solicitando como requisito subjetivo la heterosexualidad, quedando por consiguiente al margen del concepto jurisprudencial de pareja de hecho la relación homosexual y, como requisito objetivo, se exige la convivencia. La convivencia potencialmente constitutiva de las uniones de hecho es una convivencia con vocación de permanencia en el tiempo. Se reclama también que aquella tenga “naturaleza *cuasi* matrimonial”, es decir, que los convivientes sean tratados como si fueran “marido y mujer”. Se exige además que entre ellos exista una “relación sexual monogámica”. Como última condición de la convivencia, se reivindica su práctica “de forma externa y pública” o “su reconocimiento social”. El fin último de la pareja de hecho se resumiría en el establecimiento de una familia.³³⁷

El debate en torno al estatuto constitucional de la familia, tanto la que deriva del matrimonio como de la convivencia extramatrimonial, fue recogido en la a sentencia del

³³⁶ Antonio José Vela Sánchez, “De la discriminación civil de la mujer, ¿a la de la pareja de hecho?”, en *Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996, p. 314.

³³⁷ Natalia Álvarez Lata, “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 12, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 10-16.

Tribunal Constitucional español 184/1990 de 15 de noviembre de 1990. Según la doctrina establecida en dicha sentencia, sólo el matrimonio estaría protegido constitucionalmente. Las uniones de hecho *more uxorio* –que constituyen un reflejo de la libertad de los convivientes– no serían una institución jurídicamente garantizada, ni existiría un derecho constitucional expreso a su establecimiento. La unión de hecho solo sería reconocida como familia y protegida como tal cuando existan hijos. Este concepto restringido de familia fue modificado en la sentencia 222/1992, en la que se extendió la protección constitucional otorgada a la familia fundada en el matrimonio a la que tiene cualquier otro origen. Ello muy a pesar de que la doctrina constitucional ha defendido reiteradamente la no vulneración del principio de igualdad por el hecho de que el legislador atribuya diferentes efectos a las uniones matrimoniales y a las uniones de hecho. Por ello, desde diversos sectores, se ha propuesto la necesidad de impulsar la regulación orgánica de las uniones de hecho, atendiendo a la pluralidad social.³³⁸

Aun así se sigue defendiendo que, si bien existen semejanzas entre el matrimonio y la unión libre –siendo colectividades de vida establecidas libremente, con una comunidad de responsabilidades y cuidados, que hace que ambas uniones generen relaciones familiares entre sus integrantes–, existe una diferencia esencial: sólo en el matrimonio hay un compromiso sobre la unión misma, jurídicamente relevante y eficaz, de manera que no basta con separarse para que se extinga. Esto hace que el matrimonio sea considerado como cualitativamente distinto y, por lo expuesto, no análogo a cualquier unión no matrimonial. Hay quienes consideran que el establecimiento del régimen legal puntual o general de la unión libre –análogo o diferente al del

³³⁸ Ma. Carmen Plana Arnaldos, “Libertad ideológica y libre opción entre matrimonio y convivencia de hecho (Comentario a la STC 180/2011, de 17 de septiembre de 2001)”, en *Derecho Privado y*

matrimonio– no corresponde al juez, sino al legislador:

Quienes, como yo, no vemos identidad de razón entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, sean o no familiares, [...] dejamos a la decisión del legislador, y no a la del operador jurídico, el establecimiento de un régimen legal puntual o general de las uniones libres, cercano o no al de los matrimonios. Y hay en esta opción un respeto mayor a la libertad del legislador (democrático) para tomar decisiones en un sentido o en otro, sobre todo, cuando puedan implicar un aumento del gasto público o la restricción de derechos individuales. La unión libre es una forma de familia, y la determinación de su grado de protección es dejado al legislador, por decisión del constituyente [...] Y me parece muy bien que las decisiones a tomar en esta materia –mayor o menor aproximación de la unión libre al matrimonio, mayor o menor gasto público– sean adoptadas por quien ha de responder ante el electorado, y no por sujetos políticos irresponsables, como son nuestros operadores jurídicos.³³⁹

En este planteamiento sigue primando una idea esencialista del matrimonio, que es presentado como una organización superior en comparación con otros tipos de convivencia. Tal parece que el principio de igualdad de derechos y oportunidades de todos los integrantes de la familia tendría que estar supeditado a la coyuntura político-electoral y a la toma de decisiones de política fiscal gubernamental. Está claro que el reconocimiento constitucional de que los seres humanos son iguales en dignidad y derechos está lejos de ser asumido plenamente.

Constitución, N° 15, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 267-279.

En contra de la tesis según la cual el derecho a casarse es un derecho constitucional específicamente amparado, mientras que la unión de hecho no gozaría de similar protección, se defiende la unión de hecho como expresión del “derecho a no casarse”. Se afirma que este derecho está implícitamente recogido en la Constitución y goza del mismo estatus constitucional que el derecho a casarse, razón por la que debe ser protegido con la misma fuerza.³⁴⁰

En el ámbito latinoamericano, el estudio de la jurisprudencia en torno a la unión de hecho ha originado un interesante debate respecto de la valoración cultural del trabajo de cuidado. Uno de los reclamos que realiza el feminismo es el de la igual valoración del trabajo de las mujeres en sus hogares, trabajo que se relaciona con la supervivencia de los miembros de la familia. Se plantea que los aportes de las mujeres en este campo deben ser reconocidos y que, además, debe dárseles la misma importancia que la que reciben los oficios de quienes participan en el mercado laboral o en la gestión del Estado. Esto implica que los trabajos análogos al cuidado que las mujeres llevan a cabo a cambio de una remuneración –enfermería, educación preescolar y primaria, cuidado de personas con discapacidad y ancianos, servicios de aseo y cocina, entre otros– sean considerados como iguales a los que se vinculan a los valores masculinos de la competencia y que exigen las mismas calificaciones – transporte, seguridad, trabajo en manufacturas, trabajo de construcción, entre otros–.³⁴¹

En este sentido, la falta de reconocimiento del valor económico del trabajo doméstico

³³⁹ Julio V. Gavidia Sánchez, “La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 12, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 77-78.

³⁴⁰ Víctor Ferrés Comelia, “El principio de igualdad y el «derecho a no casarse»”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 42, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 170-183.

³⁴¹ Isabel Cristina Jaramillo, “Familia”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, pp. 324-325.

realizado por la mujer durante la vigencia de la unión de hecho estaría vulnerando su derecho a la igualdad.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia analizó el caso de una mujer que, después de la muerte de su compañero permanente –con quien convivió aproximadamente 24 años–, acudió a la justicia para solicitar que se declare y liquide la sociedad patrimonial que existió entre ellos. El juez se negó a conceder la solicitud bajo el argumento de que la mujer no realizó aporte alguno a la hipotética sociedad de hecho entre concubinos. El respectivo proceso de sucesión se había iniciado en un juzgado civil del circuito de Cali, el cual dispuso la adjudicación del único bien inmueble a la hermana del causante, comisionando para tal efecto a un juez civil municipal de Cali. La Corte ordenó a dicho juez civil municipal que se abstenga de practicar la diligencia de entrega del bien inmueble; y, en su lugar, decidió que en cualquier futura entrega del bien que realice la autoridad competente se respete la posesión y los frutos del trabajo de la peticionaria:

Como se desprende de lo anterior, el sentenciador parece creer que los únicos aportes a una sociedad de hecho deben ser dinero o bienes relevantes en el mercado, con lo cual descarta de plano el denominado aporte de industria. Seguramente por eso se abstuvo de considerar por un momento siquiera si el trabajo doméstico de la concubina tuvo o no significación económica suficiente para reconocerle, con todas sus consecuencias, la calidad de socio.

Al proceder así el Tribunal comulga con quienes estiman que el trabajo doméstico es “invisible” y como tal, carece de todo significado en la economía del mercado. Esta Corte no puede menos que manifestar su total desacuerdo con dicha visión por cuanto ella

estimula y profundiza la desigualdad y la injusticia en las relaciones sociales, hace inequitativo el desarrollo económico y vulnera derechos fundamentales de la persona humana.

Todos los anteriores elementos permiten afirmar a esta Corte que el desconocimiento del trabajo doméstico de la peticionaria involucrada en la amenaza de despojo, sin debido proceso, del inmueble en que ella habita hoy, adquirido y mejorado progresivamente durante la unión de hecho y como fruto del esfuerzo conjunto de los concubinos, viola abiertamente los derechos constitucionales de igualdad, debido proceso y no discriminación en contra de la mujer [...] ³⁴²

De esta manera, la Corte reconoció el valor económico del trabajo doméstico – ejecutado fundamentalmente por mujeres– y su importancia en la economía del mercado. Se trata de una visión que promueve la igualdad real de derechos y oportunidades de hombres y mujeres en las relaciones sociales. Por el contrario, el no-reconocimiento del aporte específico que realizan las mujeres a la economía, a partir de los trabajos de cuidado, constituiría una franca violación de sus derechos constitucionales de igualdad y no discriminación.

Frecuentemente, las decisiones de los jueces vinculan la protección del ordenamiento jurídico a la existencia de determinadas condiciones que –aunque no forman parte de los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes– están profundamente arraigadas en concepciones sociales y culturales en torno al ideal de la familia nuclear y al deber ser de cada sexo. Éste es el caso de aquellos fallos que niegan el reconocimiento de uniones de hecho que no han estado ligadas a la procreación, o de

³⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-494 de 1992. Ver: Isabel Cristina Jaramillo, Ob. cit.,

aquellas decisiones que invisibilizan el aporte del trabajo doméstico a la sociedad de hecho. Pero, al mismo tiempo, estos ejemplos muestran el importante rol que puede jugar la jurisprudencia de los máximos organismos de administración de justicia en el desmantelamiento de prejuicios sociales que en la práctica discriminan a la mujer.

En el caso de Ecuador, la Constitución Política de 1998 se alejó del debate desarrollado en el contexto español en torno a la protección constitucional de las uniones de hecho. La tesis contenida en el artículo 38 de dicha Carta Política es tajante: “La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.”

De la misma manera, el Art. 222 del Código Civil definía la institución de la unión de hecho de la siguiente manera: “La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal. La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.”³⁴³ Y el Art. 223

pp. 329-331.

³⁴³ De acuerdo con el artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.”

del mismo Código establece que “Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente.”³⁴⁴

El análisis de las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en las demandas de reconocimiento de unión de hecho muestra cómo los jueces van construyendo discursos que reflejan sus concepciones en torno al diferente estatus del que goza en la práctica esta institución –reconocida y garantizada por la Constitución y la ley–.

En primer lugar, se exigen requisitos formales no contemplados en la ley para el reconocimiento de las uniones de hecho. Tal es el caso de la resolución de un tribunal de segunda instancia que rechazó la demanda propuesta por una mujer de sesenta y un años de edad que, tras la muerte de su conviviente, había solicitado que se declare que existió entre ellos una unión de hecho por el lapso de treinta y un años. El argumento para negar la demanda se basó en que para que pueda existir unión de hecho ésta debe ser declarada en sentencia por un juez de lo civil, a solicitud de los dos convivientes:

[...] Así como el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente, y tiene que ser celebrado ante el jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación, es obvio que la unión de hecho, para que tenga pleno

³⁴⁴ Los textos de los artículos 222 y 223 corresponden a los artículos 1 y 2 de la ley que regula las uniones de hecho, publicada en el Registro Oficial 399 de 29 de diciembre de 1982, que fueron incorporados en la codificación del Código Civil.

efecto legal, tiene que ser declarada en sentencia por un Juez de lo Civil, a solicitud del hombre o de la mujer que viven juntos o por los dos conjuntamente, pues tanto el matrimonio como la unión de hecho nacen de las relaciones personales de los dos y por lo mismo todos sus efectos jurídicos les concierne solo a ellos y a nadie más; [...] Es de lógica elemental que si el matrimonio y la unión de hecho terminan con la muerte de alguno de ellos, la constitución de los mismos tiene que realizarse mientras vivan los cónyuges o convivientes, según el caso, por lo que resulta absurdo que se demande la constitución de la unión de hecho a los herederos del difunto [...].³⁴⁵

La Segunda Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia cuestionó el razonamiento del tribunal de segunda instancia, casó la sentencia impugnada, y anulándola por violación de los artículos 1, 2 y 5 de la Ley que regula las Uniones de Hecho, aceptó la demanda y declaró que existió la unión de hecho que solicitaba la recurrente, pues no había disposición legal alguna que, de forma directa o indirecta, señale que la solicitud de declaratoria de la existencia de una unión de hecho la tenían que hacer los convivientes de forma conjunta, siendo ilógico pensar que de no hacerlo habría caducado su derecho.

En el análisis de los requisitos de la unión de hecho se destaca el debate en torno a la procreación, como el fin esencial de dicha institución. Así, un fallo de segunda instancia rechazó la demanda presentada por una mujer para que se declare que existió unión de hecho entre ella y su difunto conviviente, por considerar que no se probó que

³⁴⁵ Resolución N° 586-89 de 25 de junio de 1999, Juicio N° 11-97, Villamaría vs. Carrera y otros, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Civil y Mercantil. Quito, Gaceta Judicial, Serie XVII, N°1, septiembre-diciembre de 1999.

hubo sociedad de bienes.³⁴⁶ La Segunda Sala de lo Civil consideró que el tribunal de alzada violó la ley, pues no es indispensable probar la sociedad de bienes entre quienes conforman la unión de hecho. En opinión de la sala, para que se pueda configurar la unión de hecho es necesario demostrar la convivencia, la procreación y el auxilio mutuo, lo cual se considera probado por el hecho de que los convivientes vivían como marido y mujer, habitaban un inmueble, habían procreado a una hija y se asistían mutuamente.

Si bien la sala especializada recalca que no es indispensable probar la existencia de sociedad de bienes, sin embargo, añade la procreación a los requisitos exigidos para la declaratoria de unión de hecho. Este elemento, sin ser requerido por la ley, estará presente en el imaginario de los jueces –con la misma fuerza que en las concepciones sociales dominantes– cuando se discuta sobre la configuración de las uniones de hecho.

Esta discusión se actualiza cuando la Primera Sala de lo Civil estudia la decisión de un tribunal de alzada, para el cual la actora no logra justificar la existencia del requisito “más importante”, es decir, la procreación. La sala de casación, por el contrario, considera que la conclusión a la que llega el tribunal de segunda instancia, es arbitraria:

Cierto es que una de las finalidades de la unión libre es la procreación, como lo dice el artículo 1 de la ley de la materia, sin embargo, es una conclusión arbitraria afirmar que, no obstante haberse probado que un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial que establecieron hogar común por más de dos años y fueron recibidos y tratados por sus familiares y amigos como cónyuges, no hayan generado una unión de hecho porque no

³⁴⁶ Resolución N° 401-99 de 4 de mayo de 1999, Juicio N° 195-94, Paredes vs. Paredes y otras, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, Gaceta Judicial, Serie XVI, N°15,

podieron procrear o decidieron no hacerlo, es decir, porque no han alcanzado uno de los fines de la unión de hecho. [...] si se prueba dentro de un proceso que existen los indicios exigidos por la ley para que opere la presunción legal establecida en el artículo 2 del mismo cuerpo legal, el Juez así debe declararlo, y para ello nada influye el análisis de si se alcanzaron o no los fines propuestos por los convivientes al iniciar la relación y mientras mantuvieron la unión de hecho.³⁴⁷

De acuerdo con la sala, la norma que es motivo de análisis no confiere a la procreación el carácter de fin primordial y determinante de la unión de hecho ni le otorga prevalencia sobre los demás fines (la convivencia y el auxilio mutuo). Al contrario, por principio constitucional, las personas tienen el derecho, garantizado por el Estado, de decidir acerca del número de hijos/as que puedan procrear, adoptar, mantener y educar. Por ello, la conclusión del tribunal ad quem de que éste es el elemento característico o trascendental de la unión libre carece de sentido. No podría admitirse dicho criterio porque implicaría el desconocimiento de este derecho fundamental de la persona humana.

Esta opinión es reproducida por los magistrados de la Tercera Sala de lo Civil, quienes reiteran: “La circunstancia de que los litigantes no hayan procreado hijos, no enerva aquella unión [...] ya porque los convivientes no se hallen en edad de procrear, ya cuando sea su voluntad no tener hijos, máxime que en el Art. 39 de la Constitución se propugna la maternidad y paternidad responsables y el derecho que garantiza el Estado a las personas a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar,

mayo-agosto de 1999.

³⁴⁷ Resolución No. 95 – 2001 de 5 de marzo de 2001, Juicio No. 41 – 98, Ruiz vs. Briceño, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 325, 14 de mayo de 2001.

mantener y educar.”³⁴⁸

Estos razonamientos tienen una especial importancia, pues se apoyan de forma expresa en los derechos reconocidos en la Constitución de 1998, de manera especial, los derechos sexuales y reproductivos de mujeres y hombres, la corresponsabilidad paterna y materna, y la igualdad de derechos y oportunidades de los integrantes de los hogares formados por vínculos jurídicos o de hecho.

3.3.3. La declaración de la paternidad y el rol de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador

Como se ha señalado con reiteración, históricamente, la protección jurídica de la familia ha estado vinculada al matrimonio y por tanto a la familia considerada “legítima”. En el tratamiento de la filiación existía una tradición jurídica muy antigua que clasificaba a los hijos, asignándoles más o menos derechos, según si los padres habían actuado de acuerdo a lo permitido por la ley o lo hacían fuera de la misma:

La distinción recogida en las leyes, entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos implicaba una clasificación atendiendo a la posición que tenían sus progenitores respecto del matrimonio. Los hijos legítimos eran los engendrados en el matrimonio y los naturales e ilegítimos los concebidos fuera del matrimonio, pero abundando en la situación matrimonial de los padres, se distinguía entre: los hijos naturales, aquellos que los padres no tenían legalizada su situación pero no existían impedimentos para legalizarla; y los ilegítimos, no naturales, aquellos que los padres no podían contraer matrimonio entre sí.³⁴⁹

³⁴⁸ Resolución No. 137-2007 de 27 de abril del 2007, Juicio No. 38-2004, Aguirre vs. Cevallos, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 551, 18 de marzo de 2009.

³⁴⁹ Asunción Ventura Franch, *Las Mujeres, la Constitución y el Derecho de Familia*, en Enrique Álvarez

Esta regulación respondía a un contexto histórico-social determinado y a unos valores fundamentados en principios no igualitarios, por lo que, necesariamente, un nuevo orden constitucional basado en el principio de igualdad debía reconsiderar los presupuestos sobre los que se asentaba la regulación de la filiación. Las nuevas Constituciones proscriben la discriminación por razón de nacimiento y las leyes establecen un régimen jurídico nuevo para determinar la filiación.

No obstante, el análisis de la jurisprudencia latinoamericana evidencia que se sigue utilizando estándares diferenciados para evaluar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones de hombres y mujeres. Tal es el problema jurídico que se originó a raíz de que una mujer argentina presentó ante el juez competente una acción impugnando la paternidad matrimonial de su hijo. Dicho juez, así como la instancia superior, negó el recurso por falta de legitimación activa de la madre en el procedimiento. La mujer interpuso entonces un recurso extraordinario para que se revisara la constitucionalidad del artículo 259 del Código Civil –que únicamente atribuía al marido la acción de impugnación de la paternidad–, en el que se había fundado la negativa del juez para admitir su recurso.³⁵⁰ En opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina no se había violado el derecho a la igualdad cuando se le prohíbe a la madre impugnar la paternidad matrimonial de su hijo, ya que el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que puede

Conde, y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 482.

³⁵⁰ La norma impugnada disponía lo siguiente: “La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo consentimiento del parto, en cuyo caso, el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo”.

legítimamente formular por imperativos de bien común. Considera que la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y, por ello, el legislador puede contemplar diferencias razonables, afirmando que:

El art. 259 del Código civil, que atribuye al marido y no a la mujer la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal -que no pesa, obviamente, sobre la mujer, puesto que su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242 del Código civil)- a fin de que el sujeto sobre quien opera la presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley desligándose así de las obligaciones de una paternidad que le es ajena.

Que la presunción de paternidad legítima, que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial, no tiene su fundamento en la presunción de inocencia de la cual goza la mujer por su carácter de casada con relación al adulterio, sino en el valor institucional de la familia legítima y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio [...] ³⁵¹

Adicionalmente, la Corte señaló que de la tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener la certeza en los vínculos familiares, conforme a la ponderación efectuada por el poder legislativo, surge la ampliación al hijo de la legitimación activa en la acción de impugnación de paternidad. Una distinta composición de los valores en tensión –concluye– únicamente

³⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Recurso extraordinario federal contra sentencia de

podría ser consagrada por el mismo poder legislativo:

Que una distinta composición de los valores en tensión podrá ser eventualmente consagrada por el poder Legislativo de la Nación en ejercicio de su competencia propia, como lo han hecho, por ejemplo, ordenamientos legales vigentes en otros países, que no extienden a la madre la acción de impugnación de la paternidad –lo que resultaría absurdo a la luz de lo expresado en el precedente considerando 14– sino que le confieren una acción diferente, configurados determinados requisitos (art. 318 del código francés vigente). De *lege lata*, cabe concluir que el art. 259 del código civil satisface el juicio de compatibilidad constitucional puesto que no transgrede los derechos fundamentales invocados por la recurrente, sino que plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional.³⁵²

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia asumió una concepción extremadamente formalista y conservadora de la institución familiar, edificada en el imaginario social a partir de la autoridad paterna –de sus ventajas y privilegios–, relegando a un segundo plano los derechos humanos de los demás integrantes de la familia. Así, a través de un discurso con evidente sesgo de género, la Corte legitimó la discriminación en contra de la mujer-madre.

No obstante, el voto de minoría insistió en el carácter discriminador de la diferencia formulada por el poder legislativo. Es innegable que la mayoría del Alto Tribunal Federal, para justificar el trato desigual entre el hombre y la mujer, apeló al

la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Buenos Aires, 1 de noviembre de 1999. Ver: Isabel Cristina Jaramillo, Ob. cit., p. 278.

³⁵² Isabel Cristina Jaramillo, Ob. cit., p. 279.

argumento de la “preservación” del valor institucional de la familia legítima, pero la familia que se deseaba salvaguardar era aquella basada en “la etiqueta del mero formalismo”, en “la hipocresía de una virtual moral victoriana”.³⁵³

Este sería un típico caso de discriminación directa proveniente de fuente escrita. Esta norma estaría impidiendo el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones en términos de igualdad entre hombres y mujeres. En efecto, la norma vulnera principios elementales de igualdad jurídica al tiempo que mantiene el ideal de la autoridad marital que estuvo vigente en las legislaciones latinoamericanas, impidiendo la completa igualdad de los cónyuges en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.³⁵⁴

No cabe duda que el hecho de excluir a la mujer-madre de la posibilidad de intervenir en la determinación de la filiación de su hijo/a atenta contra el principio de igualdad y no discriminación, y limita las posibilidades de determinar la verdadera filiación.

No obstante, con excepción de Colombia, que modificó su legislación en el año 2006 a fin de permitir que también la esposa pueda impugnar la paternidad, las legislaciones latinoamericanas regulan de manera bastante estricta la impugnación de la paternidad matrimonial y, en todo caso, establecen límites a la impugnación de la paternidad extramatrimonial.³⁵⁵

³⁵³ Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Editar, 2006, pp. 446-449.

³⁵⁴ Patricia M. Costa y Sofía Harari, “Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, pp. 164-166.

³⁵⁵ Isabel Cristina Jaramillo, Ob. cit., p. 283.

La Constitución Política del Ecuador de 1998, en el inciso primero del artículo 39, decía que “Se propugnarán la maternidad y paternidad responsables. El Estado garantizará el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar. Será obligación del Estado informar, educar y proveer los medios que coadyuven al ejercicio de este derecho.” En el artículo 40 de la Constitución se afirmaba que “El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos. Los hijos, sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos. Al inscribir el nacimiento no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación, y en el documento de identidad no se hará referencia a ella.”

Por su parte, el Código Civil, en su artículo 253, determinaba que “La paternidad puede ser judicialmente declarada en los casos siguientes... 3°.- En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, o promesa de matrimonio; 4°.- En el caso en que el presunto padre y la madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción; y, 5°.- En el caso en que el supuesto padre ha provisto o participado en el sostenimiento y educación del hijo, siempre que, con audiencia del supuesto padre, se probare que lo hizo en calidad de padre.”

Son varios los problemas que planteaba esta disposición. En primer lugar, es necesario mencionar que se trataba de una norma promulgada con anterioridad a la aprobación de la Constitución de 1998, en un contexto histórico donde los intereses que se buscaba proteger no eran precisamente los del niño, niña o adolescente, y, menos, los

de la mujer-madre. La norma había sido elaborada en un contexto social que condenaba a los niños y niñas nacidos fuera del matrimonio y que calificaba como “deshonesta” la conducta de las mujeres-madres que se encontraban en esta situación. De esta forma, la regulación en cuestión legitimaba la sanción social que soportaban aquellas mujeres.

Las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador analizaron varios fallos que resolvían las demandas de las mujeres-madres, fundamentadas, sobre todo, en los casos de “seducción, realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad o promesa de matrimonio”; de que “el presunto padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción”; y, de que “el supuesto padre ha previsto o participado en el sostenimiento y educación del hijo, siempre que, con audiencia del supuesto padre, se probare que lo hizo en calidad de padre”.

Los casos que se analizan a continuación revelan la evolución de la Corte Suprema de Justicia en torno a los supuestos que sustentan las causas para la declaratoria de la paternidad, la orientación de la prueba tendiente a demostrar la existencia de las causas para esta declaración, y el rol del juzgador en la materialización del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes. El punto de no retorno está dado por la decisión de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia³⁵⁶. Ésta es quizá la resolución más importante adoptada por la Corte Suprema de Justicia en la década en que estuvo vigente la Constitución de 1998, por sus alcances doctrinarios, así como por los resultados concretos en el ejercicio de los derechos de las

³⁵⁶ Resolución N° 83-99 de 11 de febrero de 1999, Juicio N° 170-97, Ordóñez vs. Granja, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R.O. N° 159, 29 de marzo de 1999 (Gaceta Judicial, Serie XVII, N°1, Quito, septiembre-diciembre de 1999).

niñas, niños y adolescentes.

Aunque la sentencia no profundiza sobre los resultados discriminatorios de los procesos sobre paternidad en la identidad y los derechos de las mujeres, es evidente que a raíz de su adopción, las mujeres que empiezan a demandar la declaratoria de paternidad experimentan una respuesta distinta por parte de los operadores jurídicos. En la etapa anterior, las mujeres se enfrentaban a una serie de prejuicios y obstáculos en la comprobación y valoración de aspectos como la “seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas”, la “promesa de matrimonio” o el “concubinato notorio”. Las mujeres debían enfrentar una discriminación adicional por los efectos de la prueba testimonial pedida y actuada por el demandado encaminada a construir, ante el juzgador, una imagen de mujer de “conducta dudosa”.

Tal fue el caso de una mujer que fundamentó su acción en las causales 3, 4 y 5 del Art. 267 del Código Civil. El juez a-quo desechó la demanda por considerar que no se había demostrado conforme a derecho el fundamento de la demanda. En este mismo sentido, se desechó el recurso en la fase de apelación y se confirmó el fallo del juez, porque no existía prueba contundente sobre la paternidad. Veamos, en primer lugar, el razonamiento del juez a-quo:

[...] no se ha justificado el estado permanente de relaciones sexuales y familiares que implica el concubinato, como lo requiere el No. 4° del Art. 267 del Código Civil que exige que el estado de concubinato sea conocido tanto por vecinos como por familiares. Ni el estado de amistad que implica visitar a una amiga ni aún el de relaciones sexuales más o menos furtivas entre dos personas de distinto sexo constituyen ese estado al que se refiere el No. 4 de la norma legal citada y mucho menos la publicidad que requiere la Ley, para

poder emitir una gravísima resolución como lo es la paternidad judicial declarada.

En el proceso el demandado había orientado su prueba con el fin de desacreditar la “calidad moral” de la solicitante. La sala de apelación había acogido dicha prueba, resaltando que los testigos del demandado habían puesto en duda “el aspecto moral” de la demandante. Adicionalmente, la sala se basó en el informe del perito que realizó el examen psicosomático correspondiente, quien dijo que si bien se habían encontrado semejanzas entre el demandado y la niña, no era posible afirmar ni negar categóricamente que el demandado sea su padre, concluyendo que, desde un punto de vista estrictamente científico, no se podía determinar la paternidad por la sola presencia de los elementos de juicio de la pericia, por lo cual recomendada que se realicen las pruebas de paternidad a través del análisis sanguíneo.

Al conocer el recurso de casación, la Primera Sala de lo Civil³⁵⁷ construyó una argumentación destinada a justificar la derogatoria tácita de las disposiciones legales referidas a la prueba de la paternidad, para ello, se apoyó en cuatro argumentos. El primero, relativo al avance de la ciencia en materia genética; el segundo, referido al criterio de un reconocido tratadista; el tercero, apoyado en el principio del interés superior del niño/a recogido en la Constitución Política de 1998; y, finalmente, el que busca eliminar las prácticas discriminatorias del procedimiento encaminado a probar la paternidad.

Dijo la Sala que: “Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata

³⁵⁷ Resolución N° 83-99 de 11 de febrero de 1999, Juicio N° 170-97, Ordóñez vs. Granja, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R.O. N° 159, 29 de marzo de 1999.

del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi el cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatoria para el juzgador de instancia, pero ha de advertir que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen; [...] debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN) según su naturaleza específica de conformidad con la ciencia biológica”.

La Sala hizo suyos los planteamientos del tratadista Juan Larrea Holguín sobre la necesidad de modernizar el Código Civil para facilitar la prueba de la paternidad. Ya en 1966 el tratadista había calificado a la ley civil de poco humanitaria, poco lógica y poco práctica, al permitir la declaración de la paternidad solamente cuando se probaban las relaciones sexuales ilícitas que reunían circunstancias particularmente graves. Esto se debía, en opinión de Larrea Holguín, a la dificultad del legislador de vencer la mentalidad dominante en épocas pasadas, por ello, proponía la reforma de la ley de modo que, sin necesidad de hacer distinciones odiosas, permitiera la declaración judicial de la paternidad siempre que se llegare a demostrar que la madre tuvo relaciones sexuales con el presunto padre y solo con él, durante la época de la concepción.

Por todo lo expuesto, la Sala consideró que las disposiciones relativas a la prueba de la paternidad habían quedado tácitamente derogadas por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política de 1998, de acuerdo con el cual era obligación del estado, la sociedad y la familia, proveer con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos debía aplicarse el principio del interés superior de los/as niños/as, y sus derechos debían prevalecer sobre los de los demás. Y agregó:

[...] en todo caso en que se pruebe dentro del proceso que la madre tuvo relaciones sexuales con el presunto padre y solo con él durante la época de la concepción, el juez está en el deber de declarar la paternidad, sin hacer distinciones odiosas y en forma sencilla, e inclusive para el perfecto esclarecimiento de la cuestión dispondrá de oficio, como diligencia para mejor proveer, el examen de histocompatibilidad, cuando ello sea posible atendiendo a la capacidad económica de las partes, al tenor de lo que dispone el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil, conforme lo reclama con tanta razón el autor citado, ya que de esta manera se hace efectiva la garantía consagrada en la norma constitucional antes citada [...].³⁵⁸

De la argumentación que construyó la Sala se destaca, sobre todo, la referencia a la derogación tácita de las disposiciones relativas a la prueba de la paternidad, con base en el principio del interés superior del niño/a, contemplado en la Convención de los Derechos del Niño/a y recogido por la Constitución de 1998. El fallo mencionó la obligación del juez de proceder, una vez cumplidos los requisitos correspondientes, “sin hacer distinciones odiosas”. Se deduce del texto del fallo, así como de la historia de discriminación que ha incidido negativamente en el ejercicio del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, que el proceder de los jueces que reclama la sala debe

³⁵⁸ Estos argumentos serán reiterados en las resoluciones: N° 183-99 de 22 de marzo de 1999, Juicio N° 150-98, Urbano vs. Alcocer, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. N° 208, Suplemento, 9 de junio de 1999 y N° 480-99 de 9 de septiembre de 1999, Juicio N° 62-99, García vs. Hidalgo, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. N° 333 de 7 de diciembre de 1999, publicados como fallos de triple reiteración en la Gaceta Judicial, Serie XVII, N°1, Quito, septiembre-diciembre de 1999, que, junto con la que se analiza conforman fallos de triple reiteración. Adicionalmente están las resoluciones: No. 310 – 2000 de 19 de julio de 2000, Juicio No. 96 - 97 Cevallos vs. Hidalgo, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 140, 14 de agosto de 2000; No. 320-2001 de octubre 15 de 2001, Juicio No. 141-2001, Achi vs. Dahik, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 471, 11 de diciembre de 2001.

estar dirigido a garantizar el acceso a la justicia, sin discriminación de ninguna clase, a niños, niñas y adolescentes.

Al razonamiento de la sala se debe agregar una específica referencia a las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que tienen relación con la igualdad que los Estados deben reconocer y garantizar a las mujeres en el acceso a la justicia. Pues la historia muestra que determinadas instituciones jurídicas, como es el caso de la investigación de la paternidad, así como su interpretación y aplicación por los jueces, han incidido negativamente en la construcción de la identidad de las mujeres, con base en la discriminación y la violencia.

Actores, demandados y otras personas que intervienen en los juicios, pero también los jueces a-quo, los tribunales de alzada y las propias salas de casación, al fundamentar sus fallos en los recursos planteados, continuarán refiriéndose a la conducta y la honorabilidad de la mujer, a favor o en contra. Así, por ejemplo, se llegará a decir que las declaraciones de los testigos no logran establecer que la demandante “sea una mujer de mala conducta”,³⁵⁹ o que las declaraciones de los testigos muestran que “es honorable y honrada y que sólo ha sido vista con el padre de su hijo”.³⁶⁰ En otro caso, al haberse comprobado el vínculo de parentesco reclamado por la actora con el examen genético o de histocompatibilidad (ADN), se concluirá que las declaraciones de testigos en cuanto

³⁵⁹ No. 147 – 2000 de 26 de abril del 2000, Chimbo vs. Tapia, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 96, 12 de junio de 2000.

³⁶⁰ No. 151 – 2000 de 27 de abril del 2000, Morales vs. Paza, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 96, 12 de junio de 2000.

a “la supuesta dudosa conducta de la actora” carecen de relevancia³⁶¹. Se afirmará que la prueba aportada al juicio por sí sola no ha demostrado con claridad que durante el período legal de la concepción la madre haya tenido “mala conducta o que haga presumible el trato carnal con otro individuo”.³⁶² Como vemos, la posibilidad de que se pueda probar la “mala conducta” de la mujer que demanda continuará en la mente del juzgador.

También la Primera Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que los jueces transgredían el Código de Procedimiento Civil cuando, al valorar la prueba, no se referían a la oposición del demandado a someterse al examen de ADN, puesto que, cuando se trataba de exámenes o reconocimiento de personas, se podían practicar peritajes radiológicos, hematológicos y de otra naturaleza. En estos casos, por mandato legal, la renuencia de la parte a la práctica de dichos exámenes debía ser apreciada por los jueces como indicio en contra de ella, afirmando que:

Siendo la prueba de ADN concluyente para establecer la filiación paterna adquiere una significativa consecuencia el que el demandado se niegue a someterse a los exámenes correspondientes. Esto se justifica porque de otra manera le bastada al demandado no comparecer a que se le haga el examen pericial de ADN para frustrar la investigación de paternidad, tomando en cuenta que por respeto a los derechos humanos no puede ser obligado a comparecer coercitivamente a hacerlo. Es evidente, entonces que la no aplicación del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil en la valoración de la prueba

³⁶¹ No. 140-2001 de 3 de abril del 2001, Llangari vs. Llamuca, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 383, 3 de agosto de 2001.

³⁶² No. 390-2001 de 1 de octubre de 2001, Pozo vs. Vásquez, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 476, 18 de diciembre de 2001.

ha conducido a la no aplicación de las normas sustantivas contenidas en el artículo 48 de la Constitución y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁶³

Si en el juicio de investigación de la paternidad no había sido posible practicar la prueba de ADN, la prueba de indicios adquiriría singular importancia. Este criterio fue afirmado por la Primera Sala de lo Civil de la siguiente manera: “En el presente caso, si bien se ha solicitado por dos ocasiones la práctica del examen de ADN, e incluso el Tribunal ad quem la ha solicitado nuevamente, como prueba de oficio, sin embargo, no se ha realizado por la inasistencia del demandado. En tal situación y como no ha sido posible obtener la certeza que proporciona el resultado de la prueba de ADN, el Juez de instancia debe analizar aquellas otras pruebas que constan en autos, determinar si la renuencia del demandado a la realización de una prueba de ADN, puede ser considerada como un principio de prueba en su contra y, finalmente, dictar la sentencia que considere más apegada a la realidad y a la justicia, tomando en cuenta que, en virtud del principio de interés superior del niño, en caso de duda se debe favorecer sus intereses.”³⁶⁴

³⁶³ No. 320-2001 de octubre 15 de 2001, Juicio No. 141-2001, Achi vs. Dahik, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 471, 11 de diciembre de 2001.

³⁶⁴ No. 186-2002 de 12 de septiembre de 2002, Juicio No. 57-2002, Cacoango vs. Cuñas, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 709, 21 de noviembre de 2002. Otras resoluciones en las que se aplica un argumento similar: No. 252-2002 de 14 de noviembre de 2002, Ortiz vs. Riascos, Tercera Sala de lo Civil, Quito, R. O. No. 742, 10 de enero de 2003; No. 49-2003 de 11 de marzo de 2003, Salazar vs. Alarcón, Segunda Sala de lo Civil, Quito, R. O. No. 81, 15 de mayo de 2003; No. 332 – 2000 de 7 de septiembre de 2000, Sucre vs. Hidalgo, Tercera Sala de lo Civil, Quito, R. O. No. 300, 5 de abril de 2001; No. 156-2003 de 10 de junio de 2003, Coraizaca vs. Orellana, Segunda Sala de lo Civil, Quito, R. O. No. 150, 19 de agosto del 2003; el voto salvado en la Resolución No. 137-2003 de 20 de mayo de 2003, Morales vs. Cepeda, Segunda Sala de lo Civil, Quito, R. O. No. 149, 18 de agosto de 2003; el voto salvado en la Resolución No. 91-2002 de 18 de marzo de 2002, Angulo vs. Yaguana, Segunda Sala de lo Civil, Quito, R. O. No. 591, 6 de junio de 2002; No 229-2004 de septiembre 7 de 2004, León vs. Mendoza, Segunda Sala de lo Civil, Quito, R. O. No. 548, 21 de marzo de 2005; No. 320-2007 de 8 de octubre de 2007, Gómez vs. Casares, Segunda Sala de lo Civil, Quito, R. O. No. 647, 3 de agosto de 2009; No. 83-2008 de 31 de marzo de 2008, Ávila vs. Mata, Segunda Sala de lo Civil, Quito, R. O. No. 46, 14 de octubre de 2009.

La Segunda Sala de lo Civil de la Corte Suprema dio un paso más. Con base en lo que disponían los artículos 48 y 49 de la Constitución de 1998 y el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño/a, que consagraban normas y principios en favor de los niños, niñas y adolescentes y que, de acuerdo con lo que disponía la Constitución, debían ser *directamente e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad*.

La existencia de nuevas técnicas desarrolladas por la ciencia permite establecer, con un mínimo margen de error, la relación de filiación. En este sentido, la prueba de ADN resulta de vital importancia en los procesos en donde se discute sobre la paternidad, pues por su altísimo grado de efectividad, es una prueba trascendental que no puede ser omitida. Éste fue, según la sala, el espíritu recogido por el artículo 131 del Código de la Niñez y Adolescencia que disponía que, *cuando el demandado se negaba injustificadamente a someterse al examen de ADN, el juez le debía realizar un requerimiento para que se lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persistía la negativa, se presumiría la paternidad o maternidad, debiendo el juez proceder como en el caso de resultado positivo del examen*. Con estos antecedentes la sala llegó a la siguiente conclusión:

De esta forma, nuestro derecho positivo ha buscado eliminar esa mala práctica que evita la realización del examen de ADN, prueba que de no llegar a producirse, no solo que da un indicio al Juez, sino que se presume la paternidad. Así, al ser una presunción de hecho, y no existiendo prueba en contrario, se constituye en un elemento determinante para presumir la paternidad, por lo cual al constar en el proceso el hecho de que el [demandado] no se ha realizado el examen de ADN, a pesar de haber sido ordenado tanto en primera como en segunda instancia, se debe presumir la paternidad de conformidad con el artículo

mencionado, y al no haberse declarado así la paternidad por el Tribunal ad-quem, se ha infringido la ley en la sentencia impugnada.³⁶⁵

Si no se llegaba a demostrar que la actora vivió en unión estable con el demandado durante la época legal de la concepción, y al no constar en autos la prueba de ADN, los jueces se veían impedidos de concluir que el niño/a era hijo/a del demandado. Habiéndose sentado la doctrina jurisprudencial de que la sentencia que desestima la demanda de declaración de paternidad por la falta de la prueba de ADN no hace tránsito de cosa sustancial o material, sino solo formal, las salas de lo civil dejaban a salvo el derecho del niño/a para que vuelva a intentar la acción, con sustento en la prueba de ADN, sin perjuicio de que pudiera ejercitar el derecho que le reconocía el Código de la Niñez y la Adolescencia.³⁶⁶

Los niños, niñas y adolescentes cuentan con una vía idónea para demandar el reconocimiento de su derecho a la identidad. En efecto, la Corte Suprema de Justicia llegará a conocer a través del recurso de casación un sinnúmero de casos de declaratoria de la paternidad, iniciados a partir de lo que disponía el artículo 131 del Código de la Niñez y Adolescencia del año 2003.

En una resolución que es motivo del recurso de casación que, a más de

³⁶⁵ Consultar las resoluciones N° 324-2007 de 8 octubre del 2007, Vázquez vs. Cedillo, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 647, 3 de agosto de 2009; No. 109-2001 de 13 de marzo de 2001, Serrano vs. Montenegro, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 382, 2 de agosto del 2001; No. 28-2007 de 16 de enero del 2007, juicio especial N° 243-2006 por fijación de pensión alimenticia y paternidad, Santacruz vs. Reyes, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 373, Suplemento, 3 de julio de 2008; No. 179-2007 de 29 de mayo del 2007, juicio especial por alimentos e investigación de paternidad No. 91-2005, Checa vs. Gaybor, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 423, Suplemento, 11 de septiembre de 2008.

³⁶⁶ Ver las resoluciones No. 371-03 de 18 diciembre de 2003, Juicio No. 204-03, Veas vs. Echeverría Briones, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 362, 23 de junio del 2004. La misma posición en la Resolución No. 285-2007 de 11 de septiembre del 2007, Agurto vs.

considerar la pensión de alimentos respecto de la niña, se declara la paternidad del recurrente bajo el sustento legal del artículo 131, la Tercera Sala de lo Civil de la Corte dirá que la presunción establecida en dicho artículo “es una presunción legal o iuris tantum (artículo 32 Codificación del Código de Procedimiento Civil), que responde a la obligación del Estado de asegurar y garantizar el derecho a la identidad a las niñas, niños y adolescentes contemplado en el artículo 49 de la Constitución de la República, presunción que por su naturaleza admite prueba en contrario y puede ser impugnada en juicio ordinario posterior.” Seguidamente expresará que, “como las resoluciones adoptadas en el presente juicio no tienen las características de finales y definitivas no son susceptibles de este recurso extraordinario de casación, requisito *sine qua non* para la procedencia del mismo.” No estando el auto recurrido dentro de los casos de procedencia, la sala negará el recurso de casación interpuesto.³⁶⁷

La declaratoria de paternidad que no era presuntiva, de acuerdo con lo disponía el artículo 131, numeral 2 del Código de la Niñez y Adolescencia, tenía el carácter de final y definitiva al establecer la situación de filiación del niño, niña o adolescente. Esto era así, aun cuando tal declaratoria hubiese sido pronunciada dentro del juicio de alimentos, por lo que admitía el recurso de casación, al encontrarse dentro de los casos contemplados en la ley de la materia, tanto más que era declarativa de derechos. Por

Coronel, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 591, Suplemento, 15 de mayo de 2009.

³⁶⁷ Resolución N° 255-2007 de 23 de julio del 2007, incidente de aumento de pensión alimenticia y declaración de paternidad N° 175-2007, Pilco vs. Mazón, Quito, R. O. No. 606, 5 de junio de 2009. En el mismo sentido, las siguientes Resoluciones N° 390-2007 de 18 de diciembre del 2007, Juicio de alimentos y de declaración de paternidad N° 274-2007, Tenesaca vs. Lemay, Quito, R. O. No. 55, Suplemento, 27 de octubre de 2009; No. 349-2007 de 30 de octubre del 2007, Juicio de alimentos y declaración de paternidad No. 235-2007, Murillo vs. Guzmán Cortez, Quito, R. O. No. 628, 7 de julio de 2009; N° 389-2007 de 18 de diciembre del 2007, Juicio por alimentos y declaración de paternidad N° 268-2007, Villalva vs. Merino, Quito, R. O. No. 55, Suplemento, 27 de octubre de 2009; N° 391-2007 de 18 de diciembre de 2007, Juicio de alimentos y declaración de paternidad N° 285-2007, Chimborazo vs. Faicán, Quito; R. O. No. 55, Suplemento, 27 de octubre de 2009.

ello, una vez pronunciada, no admitía su futura revisión o modificación.³⁶⁸

Para finalizar, es importante mencionar, en el ámbito de la declaratoria de paternidad, el rol jugado por la Jueza Octava de lo Civil de Cuenca, quien, en cumplimiento de lo que prescribían los artículos 274 de la Constitución Política y 12 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, elevó a conocimiento del Pleno del Tribunal Constitucional el informe referido a la inaplicabilidad del artículo 260 del Código Civil Codificado.³⁶⁹ El artículo en mención decía que: “La acción para investigar la paternidad o la maternidad se extingue por la muerte de los supuestos padre o madre, respectivamente, aunque hubiere comenzado ya el juicio, salvo que ya se hubiere trabado la litis.” Por su parte, el artículo 23.24 de la Constitución de 1998 garantizaba el “derecho a la identidad, de acuerdo con la ley.”

El Tribunal Constitucional³⁷⁰ tomó en cuenta el artículo 40 de la Constitución de 1998, de acuerdo con la cual el Estado debía protegerá a las madres, a los padres y a los/as jefes de familia en el ejercicio de sus obligaciones. De la misma manera, estaba obligado a promover la corresponsabilidad paterna y materna y vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos/as. Los hijos/as, sin considerar antecedentes de filiación o adopción tenían los mismos derechos. El Tribunal puso esta norma en relación con el mandato de los artículos 16 y 17 de la Constitución relativo al deber primario del Estado de respetar los derechos humanos establecidos en la misma

³⁶⁸ N° 312-2007 de 26 de septiembre del 2007, Incidente de incremento de pensión alimenticia dentro del juicio de alimentos N° 185-2005, Veas vs. Echeverría, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 639, 22 de julio de 2009. El mismo criterio en la Resolución N° 314-2007 de 26 de septiembre del 2007, Juicio de alimentos N° 77-2007, Angulo vs. Velasco, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, R. O. No. 640, 23 de julio de 2009.

³⁶⁹ Juicio civil No. 420/2002 por declaratoria de paternidad (Ullauri vs. Ochoa y otros).

³⁷⁰ Resolución Nro. 0002-06-DI de 9 de mayo de 2006, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, N°19, marzo-junio de 2006.

Carta Fundamental y en los Pactos Internacionales. En caso de duda, debía cumplirse el mandato del artículo 18, que en su inciso 2do, señalaba que, en materia de derechos y garantías constitucionales, debía primar la interpretación que más favoreciera su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podría exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley para el ejercicio de los derechos.

El Tribunal destacó que el derecho a la identidad estaba garantizado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y otros Tratados y Convenios Internacionales, de jerarquía superior a las leyes infraconstitucionales del Ecuador. Sostuvo además que “el derecho a la identidad, es de los considerados esenciales, aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de una persona.” Afirmó que la determinación de la verdad en materia de filiación no era una cuestión privada de los demandados; sino que en ella se encontraba en juego el derecho esencial e intransferible del supuesto hijo a conocer su origen biológico, lo cual involucraba el orden público. Y recalcó que la garantía del derecho a la identidad era independiente de la existencia biológica de los progenitores, pudiendo establecerse por procedimientos científicos instaurados en la actualidad para la determinación positiva de la filiación.

Por lo expuesto, al encontrar que existía contradicción e incompatibilidad entre la norma legal y la norma constitucional que era de mayor jerarquía, el Tribunal Constitucional resolvió declarar inconstitucional y suspender la aplicación con carácter general y obligatorio del artículo 260 del Código Civil Codificado, pues dicha norma era incompatible con el numeral 24 del artículo 23 de la Constitución Política del Ecuador del año 1998.

3.3.4. La construcción de la paternidad y la maternidad en las resoluciones del Tribunal Constitucional del Ecuador

Ciertamente, no sólo las normas han legitimado prejuicios históricos y concepciones estereotipadas sobre la paternidad y la maternidad. También la jurisprudencia ha sido cuestionada por reforzar la creencia dominante de que los hombres deben asumir el rol tradicional de proveedores mientras que las mujeres deben afrontar la responsabilidad exclusiva del cuidado de sus hijos e hijas.

En el tratamiento de las limitaciones a la libertad personal en función del derecho de alimentos, a raíz del recurso de hábeas corpus, las Salas del Tribunal Constitucional se orientaron por dos posturas. La primera de ellas, reconociendo que la legislación sobre niñez y adolescencia tiene como objetivo fundamental la protección de este sector de la población, considerado por la Constitución de 1998 como grupo vulnerable, consideraba que la limitación a la libertad personal por incumplimiento de la obligación de alimentos era “una excepción al principio general de que no hay prisión por deudas”. La posición contraria, veía en esta situación una verdadera “prisión por deudas, como sanción y pena”.

Veamos los argumentos que esgrimían cada una de ellas. En el primer supuesto, se partía de lo dispuesto en el artículo 23 numeral 4 de la Constitución de 1998 según el cual nadie podía sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias, y lo regulado por el artículo 141 del Código de la Niñez y la Adolescencia que señalaba que si el monto adeudado correspondía a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procedería con el pago íntegro de lo adeudado más los gastos de diligencia del apremio y el allanamiento,

en su caso.

Se consideraba que la “legislación sobre menores tiene por objetivo primordial la protección de este grupo vulnerable” y se enfatizaba que el “derecho de alimentos y su especial régimen jurídico son expresión del propósito de tutela que la Constitución de la República ha previsto para los menores”, incluso haciendo una excepción al principio general de que no hay prisión por deudas, con la posibilidad de limitar legítimamente otros derechos fundamentales, como el de la libertad personal. Se reafirma que las limitaciones a la libertad personal que se prevén en función del derecho de alimentos no constituyen una pena o una medida cautelar de orden personal. Por lo expuesto, aplicando el principio constitucional del interés superior del niño/a, se desechaba el recurso de hábeas corpus formulado, afirmando que:

[...] las limitaciones a la libertad personal que se prevén en función del derecho de alimentos no constituyen una pena o una medida cautelar de orden personal, como las que se adoptan para sancionar una infracción o garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena. Como bien expresa el Código de la Niñez y la Adolescencia, se trata de medidas de apremio personal, que comportan una compulsión dirigida al cumplimiento de una obligación, lo cual es conforme con el principio del interés superior de los niños y el precepto constitucional que dispone que sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.³⁷¹

³⁷¹ Resolución No. 0026-2004-HC de 7 de junio de 2004, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 15, abril-junio de 2004 (Magistrado ponente: Dr. Mauro Terán Cevallos). En el mismo sentido la Resolución No. 0063-2004-HC de 6 de octubre de 2004, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 17, octubre-diciembre de 2004 (Magistrado ponente: Dr. Simón Zavala Guzmán); Resolución No. 093-06-HC de 28 de febrero de 2007,

El Tribunal Constitucional mantuvo esta posición³⁷² en el recurso que le tocó conocer a raíz de que el Presidente de la Corte Superior de Justicia Quito declaró la inaplicabilidad del inciso final del artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia, que disponía lo siguiente: “Si el monto adeudado corresponde a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procederá con el pago íntegro de lo adeudado más los gastos de diligencia del apremio y el allanamiento, en su caso”. El argumento central del Presidente de la Corte Superior era que esta disposición conducía a una “sui géneris forma de prisión perpetua” proscrita por los principios constitucionales que garantizaban la libertad. En su opinión, se estaba violando “los principios del interés superior del alimentante”.

La respuesta del Tribunal Constitucional fue desechar la inconstitucionalidad planteada respecto de la primera parte del inciso final del artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia, en lo que se refería a la frase: “Si el monto adeudado corresponde a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procederá con el pago íntegro de lo adeudado”³⁷³. Para ello, consideró varios elementos: el primero, la naturaleza y régimen jurídico de la medida que incorporaba el inciso final del artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia; un segundo elemento, el fundamento y propósito de dicha medida; en tercer lugar, la responsabilidad jurídica de los progenitores; un cuarto aspecto, los mecanismos contemplados en la propia ley que

Primera Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional No. 22, enero-abril de 2007.

³⁷² Resolución No. 006-2004-DI de 17 de noviembre de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 17, octubre-diciembre de 2004.

³⁷³ En lo que sí está de acuerdo el Tribunal es en que “Los gastos procesales, efectivamente, no constituyen componente de la deuda de alimentos y a estos sí alcanza la prohibición del numeral 4 del artículo 23 de la Constitución Política de la República [...]. Esto no quiere decir que el alimentante incumplido no tenga que asumir el pago de los gastos que por su mora provocó, pero de ninguna manera se justifica apremio personal para constreñir a dicho pago, de modo que existiría para este supuesto concreto un atentado contra la libertad personal y violación de la citada norma constitucional [...].”

desvirtúan la posibilidad de una suerte de “prisión perpetua” del alimentante que incumple su obligación; y, finalmente, la aplicación directa de los derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes.

En cuanto al primero de los elementos, el Tribunal Constitucional razonó que la medida de apremio personal que preveía el Art. 141 del Código de la Niñez y Adolescencia estaba regida por principios específicos ante el incumplimiento de la obligación del alimentante y que, por lo tanto, no podía ser considerada como una sanción al alimentante por la comisión de una supuesta infracción punible:

El análisis de la norma calificada de inconstitucional merece, desde un inicio, la debida comprensión de que incorpora una medida de apremio personal ante el incumplimiento de una obligación. En efecto, la mora de un año o más en el pago de las pensiones alimenticias permite arbitrar la privación de la libertad del alimentante, a efectos de constreñirle al cumplimiento, pero de ninguna manera para sancionarle por una supuesta infracción punible, que en dicho caso no existe tipificada como tal en nuestro ordenamiento jurídico. En tal virtud, el régimen jurídico de aquella medida de apremio se ciñe a sus propios principios y normas, y justamente, cesa cuando la obligación ha sido cumplida.

Por otra parte, en cuanto a la naturaleza y régimen jurídico de la medida, el Tribunal señaló que el numeral 4 del artículo 23 de la Constitución incorporaba la deuda de alimentos como una excepción al principio de que no existe prisión por obligaciones de carácter civil. Esta situación se veía reforzada con el principio constitucional del interés superior de niños, niñas y adolescentes, recogido por la propia Constitución en el artículo 48, principio de acuerdo con el cual, sus derechos prevalecen sobre los de los

demás:

En función de dicho interés superior debe comprenderse que la deuda de alimentos está llamada a satisfacer las necesidades del menor y procurar su bienestar, lo cual efectiviza los derechos que reconoce el artículo 49 [del Código de la Niñez]. Por otra parte, la posibilidad constitucionalmente prevista de privar de la libertad a quien incumple la deuda de alimentos es consecuencia de un principio de responsabilidad de los padres en el cuidado integral de sus hijos, principio que tiene la especial gravedad al reconocerse a los menores la condición de grupo vulnerable y al declararse el postulado de interés superior de los niños.

En cuanto a la responsabilidad jurídica de los progenitores, afirmó el Tribunal que la medida prevista en el Código de la Niñez y Adolescencia, es consecuencia de la especial responsabilidad jurídica que tienen los progenitores, la misma que, en atención a la índole de las relaciones jurídicas en juego, al grupo vulnerable que se pretende favorecer y a las normas que lo tutelan, no puede concebirse del mismo modo que la responsabilidad aplicable a otras obligaciones de carácter civil:

En función de este régimen jurídico y del principio del interés superior del menor, debe tenerse presente que el supuesto por el cual procede la privación de la libertad en el caso del inciso final del artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia, esto es, la falta de pago de la obligación de alimentos por un período superior a un año, demuestra un caso suficientemente grave de negligencia (inclusive concebido como maltrato según el artículo 67 del CNA) como para arbitrar razonablemente la medida cautelar prevista, y constreñir severamente al cumplimiento de la obligación. Esto se sustenta también en la apreciación

de que dicha mora es de la suficiente trascendencia como para producir un grave deterioro en la situación económica del menor y ocasionar con ello la violación de los derechos reconocidos en el artículo 49 de la Constitución Política de la República.

Finalmente, frente al argumento de que el pago íntegro de la pensión de alimentos podía devenir en una suerte de “prisión perpetua” del alimentante que incumplía dicha obligación, el Tribunal Constitucional situó el análisis a partir de una apreciación integral del Código de la Niñez y Adolescencia. En efecto, además de la posibilidad del pago íntegro de la deuda en mora, también se había previsto la cesación de los apremios si el obligado rendía garantía real o personal estimada suficiente por el juez, lo cual desvirtuaba la posibilidad de que existiera una especie de “prisión perpetua” del alimentante incumplido, quien en todo caso tenía la obligación de adoptar las medidas suficientes para el cumplimiento efectivo de sus obligaciones. La previsión de la cesación de apremios equilibraba razonablemente la situación del alimentante y el derecho del niño, niña o adolescente.

Por último, el Tribunal consideró que la tutela en juego se aplicaba a derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, de tal forma que, de aceptarse el criterio vertido por el Presidente de la Corte Superior de Quito, se podría llegar a contradecir, entre otras normas, el artículo 18 de la Constitución Política de 1998. El pago íntegro de la deuda de alimentos guardaba conformidad con el postulado de la eficacia de los derechos fundamentales.

La tesis contraria³⁷⁴ sostiene que el último inciso del artículo 141 del Código de la

³⁷⁴ Resolución No. 0086-2006-HC de 17 de enero de 2007, Primera Sala del Tribunal Constitucional,

Niñez conllevaba a que la medida de apremio, cautela y fuerza se tradujera en una pena indefinida y perpetua por razón de las obligaciones de alimentos no sufragadas por más de un año. En este contexto, la persistencia de una prisión indefinida, sin plazo ni límite, justificaba la concesión del habeas corpus.

Esta postura fue construida, fundamentalmente, sobre la base de dos argumentos. En primer término, se afirmaba que la prisión por deudas, como sanción y pena, fue suprimida de nuestra legislación penal, sin que el Código de la Niñez y Adolescencia, cuya naturaleza es protectora de derechos, pudiera volver a establecerla, afirmando que:

Que la prisión por deudas no existe en nuestra tradición constitucional desde su abolición expresa constante en el Art. 26, numeral 5 de la Constitución de 1906, sin que, como puede ocurrir y ocurre en este caso, por una deficiencia normativa que en su lectura literal del último inciso del Art. 141 del Código de la Niñez y la Adolescencia, conduce a una restauración de esta figura superada en nuestra propia legislación constitucional y que, debemos pensar, jamás estuvo ni pudo estar en la intención del legislador, cuyos límites a la hora del ejercicio legislativo se encuentran restringidas a lo dispuesto en el mismo texto constitucional. La norma protectora y de apremio existe con deficiencia, sin que por ello podamos sostener que confronte constitucionalmente, pues es su aplicación literal y restrictiva, bien vale decir rudimentaria, la que pone en riesgo el derecho a la libertad.

En segundo lugar, se sostenía que la medida que estuvo prevista en el último inciso del artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia debía ser comprendida y

Quito, Gaceta Constitucional, No. 22, enero-abril de 2007. Una posición similar está en el voto salvado de los doctores Alfonso Luz Yunes, Ezequiel Morales Vinuesa y Edgar Zárate Zárate en el caso signado con el No. 0049-2007-HC. de 19 de junio de 2007, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional,

aplicada, en su sentido propio, como norma de apremio, es decir, restringida temporalmente. Por esta razón, cuando la naturaleza de la medida de apremio se distorsionaba y se convertía en penalización indefinida, correspondía al operador jurídico aplicar la norma con sentido constitucional. Se enfatizaba que la interpretación de la ley debía hacerse en virtud de la jerarquía y supremacía de la Constitución, y por aplicación directa e inmediata de los derechos que protegía. Por lo que, el mentado último inciso del artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia sólo podía entenderse en el marco de la aplicación de principios constitucionales, como es el caso del principio pro libertad, y dentro de los límites que la propia norma en su extensión completa determinaba:

[...] el Juez constitucional, no puede suplir las deficiencias literales del último inciso del Art. 141 del Código de la Niñez y la Adolescencia, completándolo y supliendo la deficiencia enunciada, sin que tampoco sea pertinente que dicha norma resulte inaplicable o que la misma confronte con el orden constitucional, sino sólo cuando no es comprendida en su sentido propio de norma de apremio, restringida a un límite temporal, señalado en el propio artículo, única manera constitucional, de comprender el sentido de la norma y aplicarla, mientras el legislador, dentro de los límites constitucionales, no disponga de manera general una específica determinación de plazo de duración del apremio.

A más de conceder el recurso de hábeas corpus interpuesto y disponer la libertad del recurrente, se exhortaba a los Jueces de la Niñez y Adolescencia para protegieran el derecho de los alimentarios y, al mismo tiempo, instrumentaran mecanismos para

garantizar el derecho a la libertad de los alimentantes, por ejemplo, propiciando convenios de pago de las pensiones alimentarias adeudadas. En esta misma dirección, se solicitaba al Congreso Nacional que realizara las reformas pertinentes al Código de la Niñez y de la Adolescencia.³⁷⁵

Esta postura será matizada³⁷⁶ al concederse el recurso de hábeas corpus interpuesto, previa la celebración de un convenio de pago entre las partes ante el juez de la causa, por los valores adeudados por concepto de pensiones alimenticias, hecho lo cual se dispondrá la inmediata libertad del alimentante.

En cuanto al rol de la jurisprudencia constitucional en las decisiones de hábeas corpus que discuten el tema de la protección de la mujer-embarazada privada de la libertad, hay que empezar señalando que los estudios sobre los derechos de mujeres en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe³⁷⁷ muestran que las normas sustantivas, las adjetivas y las de ejecución de penas no regulan de manera adecuada la situación de las mujeres desde una concepción de igualdad. Se percibe que las pocas consideraciones sobre la condición de la mujer que son diseñadas por las normas sobre prisión, se refieren a su calidad de madre, a su condición de embarazada o lactante, o a su papel en la crianza de niños pequeños. No existe, por otra parte, reglas que obliguen

³⁷⁵ Resolución No. 0052-2007-HC de 21 de junio de 2007, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 23, junio - septiembre de 2007.

³⁷⁶ Resolución No. 0181-2007-HC de 11 de diciembre de 2007, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 24, octubre-diciembre de 2007; Resolución No. 0174-07-HC de 19 de febrero de 2008, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 25, enero - marzo de 2008; Resolución No. 0005-08-HC de 8 de abril de 2008, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 25, enero - marzo de 2008.

³⁷⁷ Ver, por ejemplo, la investigación de Laura Salinas Beristán, *Derecho, género e infancia. Mujeres, niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / Universidad Autónoma Metropolitana / UNICEF / UNIFEM, 2002. Para el caso español, consultar el artículo de Elisabet Almeida, "La Política penal/penitenciaria en relación con la mujer: un enfoque de Género" Rivera Beiras, coord., *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos Editorial, Observatorio del Sistema Penal

explícitamente a que el diseño y la organización carcelarios atiendan a la perspectiva de género y tome en cuenta las necesidades de las mujeres.

Así, por ejemplo, el embarazo o la crianza de un niño pequeño, e incluso cuestiones de carácter moral –como la honestidad o buena fama–, constituyen requisitos para que la mujer pueda cumplir penas menores en su casa o goce del beneficio de suspensión de la condena. En materia laboral, se exime del trabajo a las mujeres embarazadas o que recién han dado a luz; también se prohíbe que se les asignen trabajos incompatibles con el cuidado de su hijo. A las mujeres se les destinan los trabajos “adecuados” a su condición o a su sexo, o los propios del interior de las cárceles, básicamente, los de limpieza. Algunas veces se protege a las mujeres de penas infamantes –o de correcciones disciplinarias–, siempre en su calidad de madres. Se prohíbe la imposición de la pena de muerte, o el confinamiento en celda individual, a las mujeres embarazadas. En pocos casos se dispone la atención de los embarazos y los partos en condiciones hospitalarias adecuadas. Hacen falta, por tanto, disposiciones que contribuyan de forma clara y contundente al diseño y organización de las prisiones, atendiendo a la perspectiva de género y al principio de igualdad de hombres y mujeres.

A continuación, se analiza la posición del Tribunal Constitucional frente a las solicitudes de hábeas corpus para las mujeres-embarazadas que han sido privadas de la libertad. Se trata de mujeres que, por sí, a través de un abogado particular, o a través de profesionales de organismos especializados, como es el caso de Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), interponen la acción de hábeas corpus, por considerar que se encuentran ilegalmente privadas de su libertad, afirmando que la

y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, 2005.

prisión preventiva ha sido ordenada sin tomar en cuenta su estado de gravidez, enfatizando que el artículo 58 del Código Penal prohíbe la detención de mujeres embarazadas hasta noventa días después del parto, y considerando que la detención realizada es ilegal y arbitraria, por lo que se solicita la libertad de la mujer detenida.

Ante el Tribunal³⁷⁸ las comparecientes reiteraban que estaban ilegal e inconstitucionalmente detenidas, no obstante encontrarse en estado de embarazo, pese a la prohibición legal de detención a las mujeres embarazadas. Se trataba de mujeres privadas de la libertad, por tráfico y tenencia ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, no solo en centros de rehabilitación social femeninos, sino también en destacamentos policiales, calabozos de la Unidad Antinarcóticos de la Policía y las instalaciones de la INTERPOL.

Los recursos se fundamentaban en el artículo 47 de la Constitución de 1998, de acuerdo con el cual, en el ámbito público y privado debían recibir atención prioritaria, preferente y especializada, entre otros grupos considerados como vulnerables, los niños, niñas y adolescentes, y las mujeres embarazadas. En algunos casos, las acciones se apoyaban expresamente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana para Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En otros, se señala explícitamente que la situación en la que permanecía la mujer configuraba los delitos de detención ilegal por más de un mes y retención del reo

³⁷⁸ Los recursos de hábeas corpus llegaban por apelación al Tribunal Constitucional, fundamentados en el artículo 58 del Código Penal (Ley 105, reformatoria del Código Penal, publicada en el Registro Oficial Nro. 365 de 21 de julio de 1998) y del artículo 93 de la Constitución Política de 1998, en razón de la negativa del Alcalde de conceder el amparo a la libertad solicitado. En algunos casos, el Alcalde había negado el recurso interpuesto, considerando que era la función judicial la que debía pronunciarse sobre la medida cautelar que pesaba sobre la detenida. Ver, por ejemplo, la Resolución No. 0074-2004-HC de 16 de noviembre de 2004, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 17, octubre-diciembre de 2004.

en lugares no determinados por la ley.

Frente a esta situación las Salas del Tribunal Constitucional se pronunciaron de distinta manera. Un primer grupo de resoluciones asumió una posición de indiferencia, remitiendo al juez que conoció la causa la decisión correspondiente. Abundan casos en los que se confirma la resolución emitida por el Alcalde que niega el recurso de hábeas corpus interpuesto, con una fórmula similar a ésta: “Que se esté a lo dispuesto por el juez competente que está en conocimiento de la causa”.³⁷⁹

Una segunda posición –que podría ser calificada de conservadora– se orientó a negar el hábeas corpus. En unos casos, la negativa fue tajante mientras que, en otros, estuvo acompañada de un llamado al juez para que observara la ley. Esta perspectiva terminó legitimando la idea y la práctica de que los mayores esfuerzos del Estado, de sus instituciones y agentes, debían estar dirigidos al control, la investigación, el juzgamiento y la sanción de los denominados delitos de “drogas”. Se trata de resoluciones que dejaron intacta la situación de violación de derechos que afrontaba la peticionaria. Tibiamente, en unos casos, indicaban que el juez debía observar lo dispuesto en el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal sobre el arresto

³⁷⁹ No. 069-2002-HC de 10 de enero de 2003, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Vocal ponente: Dr. Guillermo Castro Pager, Quito, Gaceta Constitucional, No. 10, enero-marzo de 2003; No. 0070-02-HC de 19 de febrero de 2003, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Vocal ponente: Dr. Ricardo Vanegas Armendáriz, Quito, Gaceta Constitucional, No. 10, enero-marzo de 2003; No. 0050-2003-HC de 13 de agosto de 2003, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Magistrado ponente: Dr. Simón Zavala Guzmán, Quito, Gaceta Constitucional, No. 12, julio - septiembre de 2003; No. 0031-2003-HC de 22 de julio de 2003, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Vocal ponente: Dr. Simón Zavala Guzmán, Quito, Gaceta Constitucional, No. 11, abril-junio de 2003; Nro. 031-2004-HC de 6 de julio de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 16, julio - septiembre de 2004; No. 0041-03-HC de 18 de septiembre de 2003, Primera Sala del Tribunal Constitucional, Magistrado ponente: Doctor René de la Torre Alcívar, Quito, Gaceta Constitucional, No. 12, julio - septiembre de 2003; No. 0005-05-HC de 22 de febrero de 2005, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 18, enero - marzo de 2005.

domiciliario a que tenía derecho la encausada”³⁸⁰ y, en otros, exhortaban al juez de la causa para que dispusiera, como medida sustitutiva de la prisión preventiva, el arresto domiciliario.³⁸¹

Un tercer grupo de resoluciones –que podría ser calificada como progresista– llegará a desarrollar la tesis según la cual las normas sobre el hábeas corpus para la mujer-embarazada, analizadas a la luz de los principios constitucionales, eran medidas de protección especial establecidas en favor de la mujer-madre, con el fin de precautelar el ejercicio de sus derechos, por la desigual situación en la que se encontraba por efecto de la privación de la libertad. Los partidarios de esta tesis distinguían entre la sanción penal y las medidas cautelares que se podían ordenar dentro de un proceso penal, haciendo referencia a las alternativas que la propia ley reconocía frente a la prisión preventiva, como era el caso del arresto domiciliario.³⁸²

Se afirmaba que, si bien el artículo 58 del Código Penal disponía que ninguna mujer embarazada podía ser privada de su libertad, ni notificada con sentencia que le impusiera penas de prisión o de reclusión, sino noventa días después del parto, era necesario distinguir la sanción penal –regulada en la disposición legal citada– de las

³⁸⁰ Resolución Nro. 010-2002-HC de 30 de abril del 2002, Tribunal Constitucional, Magistrado Ponente: Doctor Hernán Salgado Pesantes, Quito, Gaceta Constitucional, No. 7, abril-junio de 2002.

³⁸¹ Resolución Nro. 033-2004-HC de 21 de julio de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 16, julio - septiembre de 2004.

³⁸² Ver la Resolución No. 066-2001-HC de 6 de febrero del 2002, Primera Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 6, enero-marzo de 2002; el voto salvado de los doctores Milton Burbano Bohórquez, Mauro Terán Cevallos y Simón Zavala Guzmán en el caso signado con el No. 031-2004-HC del 6 de julio de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 16, julio - septiembre de 2004; el voto salvado de los doctores Milton Burbano Bohórquez, Mauro Terán Cevallos y Simón Zavala Guzmán en el caso signado con el No. 033-2004-HC de 21 de julio de 2004, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 16, julio - septiembre de 2004. En otros casos, se advierte que la sustitución de la medida cautelar es por el tiempo delimitado, esto es, por los 90 días que ordena el artículo 58 del Código Penal, tiempo que correrá a partir de la fecha del nacimiento del menor, por lo que, una vez concluido dicho período se deberá cambiará la medida cautelar por la de prisión preventiva. Ver la Resolución No. 0013-2008-HC de 27 de marzo de 2008, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta Constitucional, No. 25, enero - marzo de 2008.

medidas cautelares que se podían ordenar dentro de un proceso penal, como era el caso de la orden de prisión preventiva.

Se señalaba que el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal regulaba, como alternativas a la prisión preventiva, el arresto domiciliario; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que él designare; y, la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que hubiere fijado el juez o tribunal. La disposición citada señalaba que el juez podía ordenar la medida de arresto domiciliario sin importar el delito que se le hubiere imputado o acusado, cuando se trataba de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. Se reiteraba además que la interpretación y aplicación por parte del juez de las medidas cautelares debía hacerse en forma restrictiva, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 15 y 159 del Código de Procedimiento Penal. Todos estos argumentos, en conjunto, permitían afirmar que los jueces podían ordenar como medida cautelar la prisión preventiva, pero que, al constatar el estado de embarazo, y hasta noventa días después del parto, imperativamente, debía aplicar como alternativa a la prisión preventiva el arresto domiciliario.

Al constatar de autos la existencia de una prueba científica, practicada con todos los requisitos legales, que ponía en evidencia que la afectada estaba efectivamente embarazada, se reiteraba que el juez se encontraba en la obligación de aplicar como medida alternativa el arresto domiciliario, tornándose ilegal su internamiento en un centro de rehabilitación social. Por esta razón, se aceptaba la acción de hábeas corpus propuesta y se otorgaba la libertad a la recurrente, dejando a salvo la facultad del juez penal de aplicar como medida alternativa a la prisión preventiva el arresto domiciliario, o cualquier otra medida cautelar legalmente aplicable, de considerarlo oportuno.

La Resolución No. 044-2002-HC merece ser destacada porque, al aceptar la acción de hábeas corpus propuesta, otorgándole la libertad a la recurrente, dejando a salvo la facultad del juez penal de aplicar, como medida alternativa a la prisión preventiva, el arresto domiciliario, o cualquier otra medida cautelar legalmente aplicable, de considerarlo oportuno, uno de sus considerandos hizo referencia explícita a la obligación del Alcalde:

Que, el alcalde ante quien se hubiere interpuesto un recurso de hábeas corpus tiene la obligación de aceptarlo si se justifica el fundamento del recurso, es decir, comprueba que se trata de una privación ilegal de libertad, sin que sea procedente el argumento de que la Función Judicial es independiente en el ejercicio de sus deberes y atribuciones, puesto que un sistema político constitucional implica necesariamente el control de los actos u omisiones de los otros órganos del Estado, lo que se conoce como un sistema de pesos y contrapesos, con el fin de que ellos no puedan excederse en el uso de sus atribuciones; y para ello, respecto al derecho a la libertad personal, la Constitución ha previsto la participación de los alcaldes quienes son los encargados de velar para que ninguna función del Estado viole el mencionado derecho.³⁸³

En otros casos, a más de conceder el recurso de hábeas corpus, se llegará a afirmar que la prisión preventiva constituye también, a no dudarlo, privación de la libertad. Uno de los argumentos está referido al vínculo que existía entre el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal que establecía la sustitución de la prisión preventiva por el arresto

³⁸³ Resolución No. 044-2002-HC 19 de septiembre del 2002, Primera Sala del Tribunal Constitucional, Magistrado ponente: Dr. Hernán Salgado Pesantes, Quito, Gaceta Constitucional, No. 8, julio-septiembre de 2002.

domiciliario como medida alternativa, cualquiera que fuere el delito, en todos los casos en que el imputado o acusado hubiese sido una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto, con el artículo 47 de la Constitución Política de 1998 que se refería a los grupos vulnerables, entre los que estaban las mujeres embarazadas:

Esta disposición concreta, en la práctica, el derecho que la Constitución Política reconoce en el artículo 47, a recibir atención priorizada, a quienes se considera parte de grupos vulnerables, entre ellos, las mujeres embarazadas y las personas de la tercera edad. Respecto a las mujeres embarazadas, adicionalmente, el objetivo de esta disposición se fundamenta en la garantía y derecho a la vida que en el artículo 49 consagra la Constitución a favor de los niños “*desde su concepción*”, lo cual tiene razón de ser, en el caso de análisis, pues, las condiciones en que se desenvuelve la vida de la madre gestante en los centros de detención no son las más idóneas para precautelar el normal desarrollo del que está por nacer, pues la afectación física y psicológica que encierra el hecho de la privación de la libertad, pone en riesgo la estabilidad y normalidad del embarazo y en consecuencia la vida del nuevo ser.³⁸⁴

Algunas resoluciones se referirán además a la situación de mujeres-embarazadas que se encontraban detenidas en centros no autorizados. Así, por ejemplo, se observó que si bien el juez había dispuesto que la prisión preventiva fuera cumplida en un centro de detención provisional, sin embargo, existía constancia de que la recurrente se encontraba detenida en las dependencias de la Jefatura Provincial Antinarcoóticos de Pichincha, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 208 inciso tercero de la

³⁸⁴ Resolución No. 040-2002-HC de 18 de septiembre de 2002, Tribunal Constitucional, Magistrado

Constitución que claramente establecía que los procesados o indiciados en juicio penal que se hallaren privados de su libertad debían permanecer en centros de detención provisional. Frente a esta situación, se afirmó lo siguiente:

El artículo 47 de la Constitución garantiza la atención prioritaria y preferente por parte del Estado, entre otros, a las mujeres embarazadas, pues las condiciones en que se desenvuelve la vida de la madre gestante en los centros de detención no son las más idóneas para precautelar el normal desarrollo del que está por nacer, igual situación se presenta para el recién nacido, pues la afectación física y psicológica que encierra el hecho de la privación de la libertad, pone en riesgo la estabilidad y normalidad de la madre y su hijo.³⁸⁵

En el mismo sentido, se observó que si bien el juez había sustituido la orden de prisión preventiva, por la de arresto domiciliario, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, por haberse establecido del expediente que las recurrentes se encontraban en estado de gravidez, no obstante, no se había dado cumplimiento a su decisión y las detenidas continuaban cumpliendo prisión preventiva, por lo que se llamó severamente la atención al Jefe Provincial de Narcóticos de Pichincha por contravenir la disposición del juez.³⁸⁶

De la misma manera, se dirá que es más grave si la detención se efectúa en centros no destinados a la permanencia de personas detenidas, como destacamentos policiales,

ponente: Dr. Hernán Rivadeneira Játiva, Quito, Gaceta Constitucional, No. 8, julio-septiembre de 2002.

³⁸⁵ Resolución No. 046-2002-HC de octubre 24 del 2002, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Vocal ponente: Dr. Oswaldo Cevallos Bueno, Quito, Gaceta Constitucional, No. 9, octubre-diciembre de 2002.

³⁸⁶ Resolución No. 050-2002-HC de 14 de noviembre del 2002, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Vocal ponente: Dr. Hernán Rivadeneira Játiva, Quito, Gaceta Constitucional, No. 9, octubre-diciembre de 2002.

afirmando categóricamente que tanto las disposiciones constitucionales como la legislación sustantiva y adjetiva penal ecuatoriana, prevén medidas concretas de protección a la mujer embarazada. Se reiterará la obligación del juez de sustituir la prisión preventiva por la medida de arresto domiciliario, como se encontraba obligado a hacerlo, conforme el mandato contenido en el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, que para el caso de personas mayores de 65 años y de las mujeres embarazadas era imperativo y no facultativo.³⁸⁷

En otros casos, a pesar de que se constató que el juez había ordenado el arresto domiciliario de la peticionaria, pero no constaba en el expediente documento alguno que demostrara que la recurrente hubiera salido de la cárcel para someterse al arresto domiciliario dictado como medida alternativa a la prisión preventiva en razón de su estado de gravidez, sin embargo, se resolvió negar el hábeas corpus solicitado. Únicamente se “exhortó” al juez a fin de que ordenara el inmediato cumplimiento de la medida cautelar de arresto domiciliario que había dictado.³⁸⁸

Para finalizar, cabe resaltar el análisis realizado por los doctores Milton Burbano Bohórquez y Hernán Rivadeneira respecto de un caso en el que la mujer permaneció detenida en los calabozos de la Policía Antinarcóticos de Pichincha, lo cual, a criterio de los magistrados era más grave, pues no solo que no se había observado la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, como procedía, sino que se mantuvo a la mujer en un lugar distinto a un centro de detención. A continuación reproduzco parte

³⁸⁷ Resolución No. 0073-04-HC de 28 de diciembre de 2004, Primera Sala del Tribunal Constitucional, Magistrado ponente: Dr. Genaro Eguiguren Valdivieso, Quito, Gaceta Constitucional, No. 17, octubre-diciembre de 2004.

³⁸⁸ Resolución No. 051-2002-HC de 2 de octubre de 2002, Primera Sala del Tribunal Constitucional, Magistrado ponente: Dr. Andrés Gangotena Guarderas, Quito, Gaceta Constitucional, No. 9, octubre-diciembre de 2002.

del razonamiento desarrollado por los magistrados, quienes, a más de solicitar al Pleno del Tribunal que se conceda el recurso de hábeas corpus planteado, proponen caracterizar a las disposiciones constitucionales analizadas a lo largo de esta sección, como medidas de carácter diferenciado en razón de la desigual situación en que se encuentra la mujer-embarazada que está privada de la libertad y que, por este hecho, están encaminadas a garantizar que la mujer pueda desarrollar su embarazo en condiciones adecuadas:

La Constitución Política, en el artículo 47, reconoce y garantiza el derecho de los grupos vulnerables a recibir atención priorizada, entre los que constan las mujeres embarazadas y las personas de la tercera edad, derecho constitucional que el artículo 58 del Código Penal lo concreta, pues, a no dudarlo, el que las personas que han llegado a edad avanzada y las mujeres gestantes, puedan cumplir la privación de la libertad en condiciones adecuadas al interior de sus hogares, es reconocer situaciones delicadas por las que atraviesan estas personas y dar la atención debida, diferenciándola de personas que gozan de salud, energía, vitalidad o no se encuentran esperando un nuevo ser; y, por tanto, pueden afrontar de mejor manera el hecho de la privación de la libertad. Adicionalmente, el objetivo de esta disposición, en relación a las mujeres embarazadas, halla fundamento en la garantía y derecho a la vida que garantiza la Constitución en el artículo 49 a favor de los niños “desde su concepción”, lo cual tiene razón de ser, en el caso de análisis; pues, las condiciones en que se desenvuelve la vida de la madre gestante en los centros de detención no son las más idóneas para precautelar el normal desarrollo del que está por nacer; ya que la afectación física y psicológica que encierra el hecho de la privación de la libertad, pone en riesgo la estabilidad y normalidad del embarazo y en consecuencia la vida de quien está por nacer.³⁸⁹

³⁸⁹ Resolución No. 0005-05-HC de 22 de febrero de 2005, Tribunal Constitucional, Quito, Gaceta

3.4. El derecho de las mujeres al trabajo en condiciones de igualdad

Históricamente, las regulaciones que en materia laboral se habían establecido para proteger a las mujeres de trabajos considerados penosos, peligrosos o insalubres, en realidad, estuvieron orientadas a preservar su capacidad reproductora y el bienestar de su familia. Estas normas ocultaban el paternalismo propio de una época que circunscribía a la mujer a su rol de madre y la diferenciaba del trabajador ideal. En este contexto, el feminismo denunció la invisibilidad del trabajo de las mujeres y su concentración en la esfera reproductiva y no remunerada; asimismo, puso en evidencia los efectos que esta concentración tenía en las condiciones laborales de las mujeres, sus expectativas y posibilidades a lo largo de su ciclo vital.

La discriminación en el empleo se asienta en las imágenes estereotipadas que la sociedad tiene sobre las mujeres y los varones y los roles que asigna a cada uno de ellos, en las dificultades para lograr acuerdos de responsabilidades domésticas compartidas, en la ausencia de una legislación que exija a los empleadores, públicos o privados, la provisión de servicios de cuidado, en la doble jornada laboral que enfrentan mayoritariamente las mujeres –resultante de la suma del trabajo remunerado y el trabajo doméstico–.

Si bien en la actualidad la legislación laboral busca asegurar la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, incorporando prohibiciones legales expresas contra la discriminación, desarrollando herramientas que posibiliten la igualdad real de las mujeres en el trabajo remunerado, tanto en el acceso a los puestos de trabajo como en el

transcurso de la relación laboral ya establecida y, en ocasiones, impulsando medidas específicas de acción afirmativa para promover el empleo de los integrantes de ciertos grupos tradicionalmente subrepresentados en la fuerza de trabajo, las desigualdades subsisten. En este sentido, se ha defendido que:

Hoy la cultura imperante está atravesada por construcciones de género que determinan la contratación, promoción y oportunidades brindadas a las mujeres en términos de capacitación y procesos de evaluación de desempeño. Esta discriminación se expresa en brechas identificables entre la situación de los varones y de las mujeres en materia de trabajo. Entre estas brechas se encuentran: primero, un menor nivel de ingreso en términos de la cantidad de mujeres que se incorporan al mercado de trabajo remunerado; segundo, un menor salario promedio de las mujeres frente al de los varones, por el mismo trabajo; tercero, una menor cantidad de mujeres que ascienden a puestos de dirección en proporción a los varones; cuarto, la circunstancia de que las mujeres, en promedio, acceden menos a las oportunidades de capacitación laboral; y quinto, el hecho de que el tipo de empleo al que acceden las mujeres da cuenta de una segmentación por género del mercado laboral.³⁹⁰

En este contexto, el papel de la jurisprudencia ha sido destacado como instrumento clave para el reconocimiento y ampliación de los derechos laborales de las mujeres, así como para el dismantelamiento de una serie de prejuicios asentados en la inferioridad natural de la mujer, su adscripción al espacio privado y su vocación innata para el trabajo doméstico.

³⁹⁰ Paola Bergallo y Natalia Gherardi, “Trabajo”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada*

3.4.1. Ámbitos problemáticos para el ejercicio de los derechos de las mujeres trabajadoras y el papel de la jurisprudencia comparada

En el contexto internacional, el Tribunal Constitucional español ha desarrollado una importante jurisprudencia en favor del colectivo femenino como grupo social todavía en desventaja respecto del masculino en el ámbito laboral, posibilitando el descubrimiento de nuevas dimensiones de la discriminación directa, la creación jurisprudencial del concepto de discriminación indirecta, el rechazo de normas y prácticas paternalistas o falsamente protectoras de la mujer, y la ampliación de la eficacia de la cláusula que prohíbe la discriminación hacia las relaciones entre particulares.³⁹¹ Son especialmente importantes aquellas sentencias que abordan las discriminaciones directas e indirectas que limitaban o prohibían a las mujeres la realización de ciertas actividades sí permitidas o exigidas a los varones similarmente situados (jurisprudencia equiparadora) y las que se enfrentaban a posibles discriminaciones que, en el ámbito laboral y de la seguridad social, otorgaban a las mujeres ciertas ventajas o beneficios de cuyo goce estaban excluidos los hombres (jurisprudencia compensadora).

La jurisprudencia equiparadora muestra que la discriminación (directa o indirecta) se produce por el hecho de que el acto o la norma discutidos se adoptan teniendo en cuenta el sexo como criterio de clasificación o diferenciación, siendo éste un rasgo “sospechoso” de discriminación. El resultado global de esta jurisprudencia

de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, pp. 132-133.

³⁹¹ Fernando Rey Martínez, “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 433-455.

equiparadora ha sido el de la igualación o parificación de las mujeres con los hombres, considerado que son contrarias a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo las discriminaciones directas o discriminaciones de trato, es decir, los tratos diferentes y perjudiciales a las mujeres por ser mujeres. Entre las discriminaciones directas, por tanto inconstitucionales, el Tribunal Constitucional ha identificado la norma que suspendía el contrato de trabajo para el personal femenino por causa del matrimonio; la resolución unilateral del contrato de trabajo o la no renovación del contrato temporal de las trabajadoras a causa de su embarazo; la prohibición del trabajo de mujeres en el interior de las minas.

Dentro de la jurisprudencia de equiparación el Tribunal Constitucional también ha incorporado el concepto de “discriminación indirecta” o de impacto, es decir, todo trato diferente formulado de modo neutro respecto al sexo, pero que de hecho perjudica al colectivo femenino. Se trata de la desigual valoración de trabajos equivalentes –desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación–, sobre la base del sexo. Por ejemplo, al Tribunal Constitucional no le satisface la justificación de la razonabilidad de la diferencia entre las categorías de “peones” y de “limpiadoras” que había observado el órgano judicial ordinario y la mayor penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la figura de peón. El Tribunal estima que se trata de una discriminación prohibida, pues el único criterio que empleador mencionó para establecer la diferencia de retribución de los trabajos realizados por hombres y mujeres fue el del “mayor esfuerzo físico” de los primeros, criterio que formulado aisladamente, es sexista. El Tribunal identifica como discriminación indirecta la diferencia retributiva del distinto trabajo, pero de igual valor, realizado por las mujeres.

Por otra parte, en el caso de la jurisprudencia compensadora, el Tribunal

Constitucional se enfrenta a la existencia de diferencias jurídicas de trato favorables a la mujer y se ve obligado a tener que identificar los criterios que le permitan distinguir válidamente las medidas paternalistas (aparentemente protectoras, pero en realidad discriminatorias en cuanto limitadoras de la carrera profesional de la mujeres en igualdad de condiciones con los hombres) de las medidas de acción positiva para el fomento de la igualdad de oportunidades de las mujeres. De esta manera construye el estándar judicial de las medidas paternalistas (ilegítimas) *versus* las acciones positivas (legítimas e incluso especialmente exigidas por el constituyente). Las medidas falsamente protectoras son aquellas que había adoptado el legislador desde una perspectiva que reflejaba los mismos valores sociales que habían mantenido a las mujeres en una posición de desventaja en el ámbito laboral. Mientras que las medidas de acción positiva a favor de la igualdad de las mujeres son aquéllas que se adoptan en el marco del Estado social y democrático de derecho para lograr la materialización de valores constitucionales como la justicia y la igualdad.

De la misma manera, se recuerda la forma en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha interpretado el derecho a la igualdad de retribución. En primer lugar, prohíbe la discriminación directa y la indirecta, es decir, el empresario está obligado a pagar la misma retribución no sólo por el mismo trabajo, sino por la realización de trabajos de igual valor. En segundo lugar, se lesiona este derecho si se utiliza para la valoración de los puestos de trabajo criterios que no son neutrales en relación con el sexo, por ejemplo, cuando las trabajadoras que realizan un trabajo del mismo valor que los hombres, perciben un salario inferior por estar ubicadas en categorías profesionales “feminizadas” (“limpiadoras”, “fregadoras”, “empleadas de aseos”, “costureras”, “planchadoras”, “envasadoras”, etc.). También los complementos

salariales (“plus personal”, “disponibilidad”, “dedicación plena”, etc.), aunque formulados en términos neutrales, generalmente tienden a favorecer a los trabajadores varones.

Los conceptos de “a igual trabajo, igual remuneración” y de “igual remuneración por trabajos de igual valor”, así como los criterios de determinación de la retribución, se han ido llenando de contenido gracias a la labor de la jurisprudencia. Así, el examen del cumplimiento del principio de igualdad de retribución requiere una comparación entre retribuciones pagadas a trabajadores de sexo diferente por un mismo trabajo o por trabajos a los que se atribuye el mismo valor. Las trabajadoras perjudicadas pueden presentar su reclamación tomando como término de referencia a los trabajadores masculinos que realizan tareas de valor comparable en la misma organización. Pero la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de “trabajador masculino hipotético” para aquellos casos que no cuentan con un término de comparación real y simultáneo. Se ha interpretado que las situaciones a comparar también pueden incluir trabajos y remuneraciones prestadas en el pasado próximo. No obstante, se reclama la ampliación de la figura del “trabajador masculino hipotético”, de modo que permita admitir como término de comparación trabajos de igual valor desarrollados en empresas diferentes.³⁹²

La jurisprudencia latinoamericana también da cuenta de las dificultades que afrontan las mujeres en el acceso al trabajo. Tal es el caso de la acción de amparo colectivo promovida por la Fundación Mujeres en Igualdad contra la empresa Freddo S.A., dedicada a la fabricación y comercialización de helado. Dicha fundación alegó que

³⁹² Eva Saldaña Valderas, “Discriminación retributiva fundada en el género y comparación del trabajo realizado para empresarios diferentes: Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-320/00 A.G. Lawrence y otros C. Regent Office Care Ltd., Commercial Catering Group y Mitie Service Ltd.)”, en *Revista de Derecho*

la empresa realizaba prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires analizó la práctica de contrataciones de la empresa –prioritariamente de varones– para determinar si, sobre la base de las explicaciones que brindaba, ésta se encontraba objetivamente justificada. En efecto, la práctica de contratación prioritaria de varones por parte de un empleador privado, sin razones objetivas que la justificaran, violaba las garantías constitucionales a la igualdad y no discriminación en razón del sexo:

En el caso sometido a consideración de esta Sala, la discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable al margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún si se tiene presente la presunción de discriminación referida precedentemente, que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja.

La justificación de que los baldes son pesados para impedir la contratación de mujeres no puede ser admitida, responde más a prejuicios sobre el “sexo débil” que a una verdadera visión del tiempo actual. Tampoco parece ser ésta una tarea penosa, peligrosa o insalubre. Por el contrario, es un hecho público que, actualmente, las mujeres desempeñan tareas que requieren mayor esfuerzo físico y no por eso se las califica como penosas, peligrosas o insalubres. De todos modos, cabe también advertir que la prohibición de realizar estas tareas dirigidas a las mujeres también es reputada discriminatoria.

Por último, si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratación también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son

absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer –en el caso de las discriminaciones directas–, así como rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso [...]³⁹³

También a la Corte Constitucional de Colombia le correspondió analizar si se violaba el derecho a la igualdad y no discriminación en razón del sexo cuando un empleador seleccionaba empleados de un determinado sexo para una labor que no necesariamente tenía que ser realizada por un miembro de dicho sexo. Se trata del caso de un empleado municipal que fue retirado de su puesto con el criterio de que éste debía ser desempeñado por una mujer. El actor cuestionó la decisión del municipio por considerar que las tareas de aseo, mantenimiento y cuidado podían ser realizadas tanto por hombres como por mujeres. La Corte consideró que no se había acreditado el hecho de que el trabajo realizado por el actor tuviera, razonablemente, la necesidad de ser hecho por una mujer y resolvió que el actor debía ser reintegrado a su cargo o a uno de igual o superior categoría.

Lo contrario –dijo la Corte– implicaría incurrir en una inadmisibles diferencia de trato contraria a la prohibición constitucional de discriminar, ayudaría a reforzar una especie de presunción de incapacidad asentada en diferencias sexuales y favorecería el

³⁹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Buenos Aires, Argentina, Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo S.A., 16 de diciembre de 2002. Ver: Paola Bergallo y Natalia Gherardi, Ob. cit., p. 140.

mantenimiento de prejuicios sociales en contra de las mujeres. De lo dicho se desprende que no existe un catálogo cerrado de actividades en las que el sexo es condición necesaria para su cumplimiento. Consecuentemente, se requiere una apreciación concreta e individual de la idoneidad de cada trabajador, con independencia de su sexo. De la misma manera, es necesario formular criterios que permitan distinguir los ámbitos o sectores profesionales excluidos de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, de aquellos que no ameritan esa exclusión:

a. Es necesario tener en cuenta que la exclusión de ciertas actividades de la aplicación de la igualdad de trato, cuando el sexo constituye una condición determinante del ejercicio profesional, configura una hipótesis excepcional y, por lo mismo, debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

b. De conformidad con el principio de proporcionalidad, el intérprete debe proceder a conciliar en lo posible, la igualdad de trato entre los sujetos pertenecientes a ambos sexos y las exigencias del desarrollo de la pertinente actividad.

c. No es posible perder de vista que, si atendiendo a la naturaleza de la actividad de que se trate y de las condiciones de su realización, se establece que el sexo es condición determinante del correcto ejercicio profesional, es porque existe una conexión necesaria y no de simple conveniencia entre el sexo del trabajador y el cumplimiento del trabajo.

d. Del anterior predicado se desprende que la conexión entre el sexo y el cumplimiento del trabajo es objetiva y por tanto, no depende de la mera apreciación subjetiva del empleador o de prácticas empresariales que sin ningún respaldo hayan impuesto la pertenencia a un sexo específico.

e. Al juicio de necesidad sigue otro de esencialidad, de acuerdo con el cual el sexo de la persona debe ser indispensable para ejecutar las tareas esenciales de la actividad

profesional de que se trate, así pues, cuando, dentro de un mismo empleo, funciones apenas tangenciales se reservan a individuos de un solo sexo, ello no justifica la exclusión de los miembros del otro sexo del ejercicio de esa actividad.

f. En concordancia con el aserto que se acaba de formular, cabe advertir que esta excepción a la igualdad de trato se refiere a actividades específicas y su aplicación excluye la apreciación global del conjunto de funciones de la actividad respectiva en favor del examen concreto de las labores que deben ejecutarse, en relación con la aptitud y capacidad de cada sujeto llamado a desempeñarlas.

g. Las diferencias sexuales que sirvan de soporte a la exclusión de los trabajadores de un sexo de una actividad o categoría profesional, deben ser valoradas atendiendo al momento histórico y, en todo caso, no es posible ignorar la evolución y los cambios sociales que incidan en esa especial valoración.³⁹⁴

Cada vez son más escasas las reglas o prácticas abiertamente discriminatorias que, sin recurrir a justificación alguna, limitan el acceso de las mujeres a ciertos trabajos y profesiones en forma directa, sin embargo, subsisten formas de discriminación más tenues, aparentemente neutrales en términos de género, que son justificadas por las necesidades organizacionales de la empresa, las características del trabajo y las convenciones sociales frente a cada tipo de actividad, pero que tienen un impacto diferenciado en hombres y mujeres:

Se consideran prácticas de discriminación institucional o indirecta aquellos

³⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-026 de 1996. Ver: Paola Bergallo y Natalia Gherardi, “Trabajo”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington

comportamientos tan institucionalizados que el individuo que los aplica no se encuentra en la necesidad de hacer una elección para actuar de una manera discriminatoria. El individuo sólo debe cumplir con las normas establecidas; las reglas y procedimientos institucionalmente aplicables toman las decisiones y discriminan en nombre del individuo. Cuando los efectos de una norma o una práctica –aun cuando éstas no se encuentren estipuladas en términos tales que sean aplicables a un solo sexo– generan una situación de desventaja para una proporción sustantivamente mayor de personas de un mismo sexo, entonces esa norma o práctica es indirectamente discriminatoria.³⁹⁵

El problema de la desigualdad en la remuneración –uno de los aspectos de la discriminación por sexo en el curso de la relación laboral– ha sido abordado no siempre con éxito por los tribunales de justicia latinoamericanos. Tal es el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que analizó el caso de una mujer que se desempeñaba como jefa de enfermería de terapia intensiva del Sanatorio Güemes quien, a pesar de su capacitación, ubicación y desempeño, había percibido retribuciones inferiores a las de sus pares y subordinados. Al ser despedida sin causa, demandó las diferencias de salarios y de indemnizaciones por considerar que ello configuraba un tratamiento salarial discriminatorio. La Corte Suprema ordenó al tribunal inferior que revisara con mayor detenimiento la prueba aportada por la actora para acreditar que había sido injustamente discriminada en el pago de sus salarios y de su indemnización, ya que la facultad del empleador de remunerar de forma diferente a determinados empleados, en razón de sus méritos, admite prueba en contrario:

College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, p. 144-145.

Resulta inadecuado sostener hoy, respecto de la evaluación de tareas o del desempeño, que constituyen una materia reservada por entero a las autoridades de la empleadora sin que pueda cuestionarse su razonabilidad, o que, en la práctica, la prueba del mérito de los dependientes es para su principal, muy sutil y difícil e inequitativa su exigencia [...] Existe hoy la posibilidad cierta y concreta de que la empresa -entendida como una organización cuya responsabilidad social consiste, no sólo en llevar a cabo la distribución y producción de bienes, sino el hacerlo también equitativamente, incluso en lo que atañe a su ámbito interno- utilice métodos objetivos de evaluación de tareas con criterios comunes a todos los puestos. [...] Sin establecer presunciones legales, [la Ley de Contrato de Trabajo] ha fijado, con el carácter de obligación para el principal, la igualdad de trato de sus dependientes en “identidad de situaciones”. Luego, el tratamiento diferenciado, para no resultar lesivo de los derechos de la contraparte, debe justificarse en razones objetivas. Por lo mismo, cada una de las partes deberá probar el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción. El trabajador deberá acreditar sus “circunstancias”, y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones [...] ³⁹⁶

Frecuentemente, los ingresos de las mujeres en determinadas ocupaciones o sectores son más bajos que los de los hombres similarmente situados. Existe discriminación en materia de remuneración cuando el criterio de determinación del salario no tiene que ver con las características concretas del trabajo sino el sexo o cualquier otro rasgo de quien lo ejecuta.

³⁹⁵ Paola Bergallo y Natalia Gherardi, Ob. cit., pp. 146-147.

³⁹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Estrella Fernández contra Sanatorio Güemes S.A., 23 de agosto de 1988. Ver: Paola Bergallo y Natalia Gherardi, Ob. cit., pp. 156-157.

3.4.2. La Corte Suprema de Justicia del Ecuador y la aplicación de normas “neutrales” frente a las demandas de las mujeres trabajadoras

En el capítulo sobre derechos económicos, sociales y culturales, la Constitución Política de 1998 reconocía el trabajo como “un derecho y un deber social” que gozaba de la protección del Estado, y que debía asegurar al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que le permitiera cubrir sus necesidades y las de su familia (Art. 35).

Por su parte, el artículo 36 de la Carta Política determinaba que el Estado debía propiciar la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándoles idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Asimismo, debía velar por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente, en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que estuviere en estado de viudez. Se prohibía todo tipo de discriminación laboral contra la mujer. El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar debía ser tomado en consideración para compensarle equitativamente en situaciones especiales si se encontraba en desventaja económica. Se reconocía como labor productiva el trabajo doméstico no remunerado. También en el capítulo de los derechos civiles, la Constitución prohibía la servidumbre (Art. 23, núm. 4).

En esta parte, se inicia el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de trabajo. En primer lugar, se hace referencia a un grupo de sentencias a través de las cuales se discute y aplica normas “neutrales” en términos de género a las demandas de mujeres que en la práctica están desempeñando un rol de

carácter productivo. Estas normas fueron construidas pensando en un “trabajador ideal”, aquél que tiene asegurado el trabajo de cuidado en el ámbito doméstico. Aparentemente, estas normas “neutrales”, aplicadas a las mujeres-trabajadoras que están cumpliendo roles tradicionalmente asignados a los hombres, no tendrían por qué generar en ellas efectos discriminatorios.

Ciertamente existen normas que fueron estructuradas en torno a los cuerpos y patrones de vida de los hombres, tal es el caso de las normas del “trabajador ideal masculino”.³⁹⁷ Por lo tanto, para que las mujeres puedan alcanzar la igualdad, es necesario eliminar este tipo de normas. No obstante, cuando las mujeres ya están desempeñando el rol de trabajador ideal, la igualdad implica ampliar a las mujeres las ventajas tradicionalmente ofrecidas a los trabajadores ideales. Pero la igualdad también requiere descartar las (limitadas) ventajas concedidas a las mujeres, ampliándolas para todas las personas que asumen roles marginales, como los de cuidado, generalmente asignados a las mujeres.

Entre estas normas de carácter neutral –que deben hacerse extensivas a las mujeres que desempeñan un rol productivo– se encuentran las relativas al comienzo y la terminación de la relación laboral. Empecemos por los elementos del contrato de trabajo. Las diversas Salas de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia han reiterado el criterio de que la existencia de la relación laboral no depende del cumplimiento de requisitos de carácter formal. Han recalcado que las especificidades jurídicas del contrato de trabajo no cambian por el hecho de que la empleadora sea una institución del sector público, y han advertido que los requisitos de orden administrativo que la ley

³⁹⁷ Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, pp. 78-88.

establece para poder contratar, son obligaciones a cargo del empleador y que su incumplimiento no puede perjudicar al trabajador, quien está protegido por la legislación laboral.

Se afirma, por ejemplo, que la existencia de la relación laboral no depende del cumplimiento de ciertas formalidades, como así permite deducirlo el contenido de lo dispuesto en el artículo 40 del Código del Trabajo, de manera que se obra conforme a derecho cuando se declara que la actora era efectivamente trabajadora, sobre la base de los instrumentos que obran del proceso, por los cuales se consideró probadas las circunstancias constitutivas de la relación laboral:

[...] las especificidades jurídicas del contrato de trabajo, no cambian por la circunstancia de que la empleadora sea una institución del sector público, advirtiendo que los requisitos de orden administrativo que la ley establece para poder contratar, son obligaciones a cargo del empleador y su incumplimiento no puede perjudicar al trabajador, que como tal, está protegido por la legislación laboral, por mandato de la Constitución y de la ley, sin que haya, por lo mismo, la inobservancia de la ley que en el recurso se alega [...].³⁹⁸

En otros casos, a pesar de que las partes se han sometido expresamente a las normas del Código del Trabajo, la parte empleadora, que pertenece al sector público, pretende sustraerse del Derecho Laboral y enmarcar la relación con la actora en el Derecho Administrativo:

³⁹⁸ No. 139 – 2000 de 19 de junio del 2000, Rivas vs. Municipio de Guayaquil, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 131, 31 de julio del 2000.

En la cláusula quinta de este contrato se establece que tiene una duración de tres meses como periodo de prueba desde la fecha en que se lo firma, después de cuyo tiempo “se entenderá que continúan en vigencia por el tiempo que faltare para completar el año, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 15 del Código del Trabajo”, texto del que se desprende que los contratantes en forma libre y voluntaria se sometieron a la normativa laboral y en consecuencia, a la jurisdicción y competencia de los jueces del trabajo, por lo que se rechaza la afirmación del Tribunal ad-quem de que las relaciones de la EMAPA-G con sus servidores se rige por la normativa del derecho administrativo, porque existiendo documento contractual que ampara a la trabajadora y aunque existiera duda, se debe aplicar el principio pro laboro para emplear la normativa en el sentido que más favorezca a ella, en virtud de su fragilidad frente a la parte empresarial.³⁹⁹

En cuanto a los llamados “contratos simulados”,⁴⁰⁰ las Salas de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia en forma generalizada han afirmado que la relación laboral se encuentra acreditada con el “contrato de servicios profesionales”, el “contrato de comisión”, el “contrato civil de coproducciones”, el “convenio para uso telefónico”, el “contrato de concesión”, el “contrato de explotación del servicio de telecomunicaciones”, que han sido adjuntados al proceso, de los cuales aparecen los elementos básicos que determina el Art. 8 del Código del Trabajo para establecer la existencia del contrato individual de trabajo.⁴⁰¹ Las Salas han afirmado que el hecho de

³⁹⁹ Ver la Resolución No. 094-06 de 11 de diciembre del 2007, Lara vs. Municipalidad de Esmeraldas, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 13, 27 de agosto de 2009. El mismo criterio puede ser encontrado en la Resolución No. 818-06 de 10 de enero del 2008, Riofrío vs. ANDINATEL, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 17, de septiembre de 2009.

⁴⁰⁰ Aquéllos que son utilizados para evadir el cumplimiento de las obligaciones que emanan del Derecho Laboral.

⁴⁰¹ En este sentido se pronuncian las Salas de lo Laboral en las siguientes resoluciones: No. 272 – 2000 de octubre 3 del 2000, Guasanga vs. Sempértegui. No. 267-2002 de octubre 29 de 2002, Zeas vs. CREA. No. 323-2002 de abril 29 de 2003, Delgado vs. ANDINATEL. SA. No. 117-2003 de a 22 de julio de 2003, Flores vs. Calero. No 84-2003 de a 21 de agosto de 2003, Quinteros vs. ANDINATEL SA. No. 230-05 de

fijar en estos contratos la actividad lícita a ser ejecutada, la remuneración mensual a ser percibida y otras especificaciones que demuestran la dependencia, los convierten en contratos de trabajo aunque se los denomine de otra manera. Y también han reiterado que el hecho de que el trabajador conste o no en los roles de pago de la empresa, no es determinante en la existencia de la relación laboral. La relación laboral depende, han dicho, de la situación real en la que el trabajador se encuentre.⁴⁰²

En torno al tipo de contrato de trabajo, que frecuentemente la parte empleadora busca enmascarar como eventual, a plazo fijo o de temporada, cuando en la realidad es un contrato de carácter indefinido, las diversas Salas de lo Laboral han tenido una posición firme. Se han pronunciado en el sentido de que la suscripción continua de este tipo de contratos desnaturaliza el objeto de los mismos, convirtiendo por lo tanto la relación laboral en estable y permanente:

De otro lado se observa que la relación laboral no era de tipo eventual, pues el Art. 17 del Código del Trabajo determina que son contratos eventuales aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, o para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del mismo, en cuyo caso el contrato no podía tener una duración mayor de seis meses en un año, hecho que no se evidencia ya que la ECPAG infringiendo la mencionada disposición legal, [...] ha celebrado varios contratos consecutivos con la trabajadora, dándole continuidad en las labores, lo que contrasta con el carácter de eventual al que se refiere la accionada en la interposición de su recurso.⁴⁰³

17 de marzo del 2008, Chafla vs. Federación Deportiva de Chimborazo.

⁴⁰² Un razonamiento y conclusión diferentes pueden ser ubicados en la Resolución: No. 118-05 de 13 de febrero del 2007, Rodas vs. Pacifictel.

⁴⁰³ Resolución N° 45-2002 de julio 30 del 2002, Pozo vs. ECPAG, Corte Suprema de Justicia, Segunda

La suscripción continua de contratos eventuales estaría desnaturalizando el objeto del contrato de tipo eventual, atentando contra la esencia misma de la prestación de servicios que no han sido eventuales, y, convirtiendo, por lo tanto, la relación laboral en estable y permanente.⁴⁰⁴

Partiendo de lo que disponía la ley, en el sentido de que la duración de los contratos a plazo fijo no podía exceder de dos años no renovables; que su terminación debía notificarse cuando menos con treinta días de anticipación; y, que de no hacerlo así, se convertirá en contrato por tiempo indefinido, se observa que los contratos celebrados con la trabajadora han sido suscritos durante cinco años, en forma ininterrumpida, sin haberse procedido a su finalización mediante desahucio:

[...] el empleador ha rebasado el tiempo que otorga la ley para los contratos a plazo fijo, lo que ha convertido al contrato en indefinido. No se puede pretender que se reconozca como contrato a plazo fijo el celebrado entre la parte actora y el INNFA, cuando lo han precedido cuatro contratos más de manera continua e ininterrumpida y respecto de una misma modalidad de contrato, el hacerlo es un despropósito jurídico atentatorio a los derechos del trabajador protegidos por la Constitución Política en su Art. 35 numerales uno y cuatro.⁴⁰⁵

Finalmente, es necesario mencionar el caso de un acta de finiquito en donde se afirma que los servicios lícitos y personales prestados por la trabajadora fueron para

Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 687, 21 de octubre del 2002.

⁴⁰⁴ No. 265-2005 de agosto 29 del 2006, Agualongo vs. Municipio de Guaranda, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R.O. No. 46, Suplemento, 20 de marzo de 2007.

⁴⁰⁵ Ver la Resolución No. 107-2005 de 6 de octubre del 2006, Mera vs. INNFA, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R.O. No. 42, 15 de marzo de 2007. En el mismo sentido, la Resolución No. 231-2005 de octubre 16 del 2006, Mejía vs. Centro Educativo Bilingüe Interamericano, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 324,

“labores agrícolas de temporada”, relación contractual determinada en el inciso cuarto del Art. 17 del Código del Trabajo, que dice: “Son contratos de temporada aquellos que en razón de la costumbre o de la contratación colectiva, se han venido celebrando entre una empresa o empleador y un trabajador o grupo de trabajadores, para que realicen trabajos cíclicos o periódicos, en razón de la naturaleza discontinua de sus labores, gozando estos contratos de estabilidad, entendida, como el derecho de los trabajadores a ser llamados a prestar sus servicios en cada temporada que se requieran.” En este sentido, se afirma que:

[Este contrato] debió celebrarse por escrito en observancia de lo dispuesto en el literal g) del Art. 19 *ibídem.*, y que al no constar de los autos prueba alguna de aquello, torna a la relación laboral de los litigantes en una de las comprendidas en el contrato de trabajo indefinido, más aún cuando la relación laboral no se suspendió en ningún período entre los mismos, elemento que constituye la esencia del trabajo de temporada al tenor de la norma legal invocada, tornándose procedente, por tanto, la impugnación de la trabajadora a las actas de finiquito que otorga fundamento a su reclamo para reconocer el derecho a que se le paguen los valores que corresponden a décimo tercera y cuarta remuneraciones, vacaciones y fondos de reserva, tomándose en cuenta el mes de julio de 1970 como el de inicio de la relación laboral y el 22 de diciembre de 1996 su terminación.⁴⁰⁶

Hasta aquí parece no haber mayor dificultad en la aplicación de criterios “neutrales” a la situación en la que se encuentran las trabajadoras que, en la práctica, están desempeñando roles que tradicionalmente han sido predicados de los hombres. Se

Suplemento, 25 de abril de 2008.

⁴⁰⁶ No. 353-05 de 27 de julio del 2007, Tomalá vs. Hacienda La Meca, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 516, 28 de enero de 2009.

trata de criterios que históricamente fueron contruidos precisamente para proteger el desempeño de las actividades productivas desarrolladas básicamente por hombres. El debate se empieza a manifestar frente a situaciones que no “encajan” en la definición tradicional de contrato de trabajo y que se empiezan a notar con mayor fuerza en el contexto de un Estado con evidente orientación neoliberal.

La discusión gira, entonces, en torno al elemento de la subordinación en un contexto neoliberal. En esta parte se presenta tres tipos de sentencias. En el primer grupo se ubican aquéllas que analizan el carácter de la relación en la que se encuentran mujeres profesionales que trabajan para organismos no gubernamentales en proyectos sociales, típicos de una etapa neoliberal, en la que el Estado se desentiende de su obligación de implementar políticas públicas, de carácter universal, traspasándola en forma parcial y aislada a diversos organismos privados “con finalidad social”. En este primer grupo las Salas de lo Laboral discuten cómo las situaciones fácticas que observan se enmarcan o no en los elementos característicos de la definición tradicional de contrato del trabajo.

En segundo lugar se presenta una sentencia que ni siquiera discute si las situaciones fácticas se corresponden o no con la definición de contrato de trabajo recogida por nuestra legislación laboral. En este caso se da por aceptadas las condiciones impuestas por los organismos internacionales que financian la ejecución de proyectos de carácter social. Ésta es una sentencia que legitima de manera abierta las imposiciones de evidente orientación neoliberal emanadas por esta clase de organismos.

Los jueces han enfrentado una serie de dificultades a la hora de aplicar la definición clásica del contrato de trabajo a situaciones concretas. Este escenario,

caracterizado por la diferente y desigual situación en la que se encuentran las mujeres en el mercado de trabajo, las afecta indudablemente.

Tal es el caso de los contratos de servicios profesionales que celebran entidades de servicio social. La Tercera Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia conoció el caso de una médica que fue contratada por la Fundación de Apoyo Comunitario y Social del Ecuador (FACES) como técnica asesora del proyecto “Salud Sexual y Reproductiva”, debiendo determinar si el contrato verbal celebrado entre la actora y la institución demandada fue o no de trabajo y si la actora estuvo o no regida por la legislación laboral en sus relaciones con la institución demandada. La Sala consideró que, en efecto, la actora prestó sus servicios lícitos y personales para la mencionada fundación, recibiendo honorarios en pago de dichos servicios. Sin embargo, dijo que el factor determinante para que se configure la existencia de un vínculo jurídico bajo relación de dependencia era la subordinación económica, jurídica o técnica: “La subordinación económica se traduce en la obligación de pagar un estipendio económico, que puede ser salario, sueldo u honorario, a todo aquel que le presta un servicio o ejecuta una obra para otro, quien consecuentemente, se encontrará subordinando económicamente, la subordinación jurídica se traduce en la facultad de mando, que tiene el empleador, por la naturaleza, jurídica del vínculo laboral de impartir órdenes e instrucciones, que sustituyen la libre disposición del trabajador, que en cambio tiene la correlativa obligación de acatarlas y la subordinación técnica que consiste en la fijación de pautas de orientación y organización a las que deberá sujetarse el trabajador.” La Sala llegó a la conclusión de que en la relación analizada estuvo ausente el elemento de la subordinación jurídica:

La mera dependencia económica o técnica no es por sí sola demostrativa de un vínculo jurídico de naturaleza laboral, ya que resulta esencial para este propósito la existencia de una subordinación jurídica, que es justamente a la que la recurrente no ha logrado comprobar haberse encontrado sujeta, puesto que si bien es cierto que los directivos de la fundación demandada le señalaban las pautas a seguir y los direccionamientos generales bajo los cuales ella debía impartir sus conocimientos para cumplir con los objetivos del programa para la que fue contratada, esto en ningún momento significó que sus superiores le impondrían qué era lo que la recurrente debía enseñar o la forma de hacerlo, puesto que siendo ella la profesional experta en la materia para la que se la contrató, sólo era a ella a quien le correspondía hacerlo de acuerdo a sus conocimientos y experiencia, desvinculándose en el ejercicio de su actividad de toda subordinación jurídica frente a los directivos de la fundación demandada [...].⁴⁰⁷

En un caso similar, en el que el demandado cuestionaba la declaración del fallo de alzada, afirmando que si se trataba de una profesional no podía aceptarse la calidad de dependencia, la Sala desechó el recurso de casación por considerar que la actora “realizaba sus actividades de manera que contribuía a la ejecución del plan estratégico e incorporaba eficiencia a los objetivos definidos por la Fundación”, razones que conducían a desestimar las argumentaciones del demandado.⁴⁰⁸

La afirmación de que entre actora y demandado/a existió una relación de carácter civil mediante la suscripción de varios contratos de servicios profesionales, lo cual determinaría la inexistencia de vínculo laboral, ha llevado a las Salas de lo Laboral a

⁴⁰⁷ Resolución No 393-2003 de a 9 de noviembre del 2004, Jaramillo vs. Fundación de Apoyo Comunitario y Social del Ecuador (FACES), Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 10, 4 de mayo del 2005.

⁴⁰⁸ Resolución No. 821-06 de 18 de enero del 2008, Egas vs. Fundación Ecuatoriana, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 17, 2 de septiembre de 2009.

pronunciarse sobre el tema de la subordinación o dependencia laboral, haciendo suyos los planteamientos de la doctrina:

[...] la subordinación o dependencia laboral, puede manifestarse en las siguientes facetas: administrativa, disciplinaria, económica o técnica. Esta última no siempre se da, por ejemplo en los casos de profesionales en determinadas ramas del saber, como mecánicos, electricistas, administradores, médicos o de cualquier otra índole, cuando el empleador no tiene preparación en estas áreas del saber. Pero se estima que la subordinación o dependencia esencial es aquella que nace del convenio o contrato, en el cual el trabajador se pone a órdenes o disposición del empleador para realizar el trabajo como éste disponga, en el lugar que este le señale, dentro de los horarios y regulaciones que tenga establecidos.⁴⁰⁹

Éste fue el caso de una obstetriz que se había comprometido con el Comité Amigos de SOLCA a prestar sus servicios profesionales en la toma de pap-test y en la atención ambulatoria que la institución realizaba en la zona rural, bajo el cronograma de trabajo previamente elaborado por el empleador, en un horario de atención que debía registrarse en las tarjetas de control que la institución poseía, y con la obligación de concurrir a las reuniones que el empleador convocare. Sin duda, dichas características de trabajo permitieron establecer que en efecto existió una dependencia administrativa, disciplinaria y económica con SOLCA, pese a que la institución empleó la denominación de “servicios profesionales”.

⁴⁰⁹ No. 387-06 de 17 de marzo del 2008, López vs. SOLCA, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 62, 9 de noviembre de 2009.

Pero también se desarrolló una posición abiertamente favorable a los dictados neoliberales de organismos internacionales que financiaban proyectos de carácter social en nuestro país, aunque para ello se omitió el análisis de los elementos fácticos de la relación laboral que había caracterizado la labor de la Corte Suprema de Justicia. Tal es el caso del PRODEPINE que había contratado a la actora para que se desempeñara como secretaria de la oficina regional ubicada en la ciudad de Tena, a través de un “contrato de servicios de consultoría”, cuyo plazo fue de cuatro meses. Posteriormente se volvió a contratarla para un año con un contrato similar, y después se amplió el plazo del contrato por dos meses adicionales.

Estos contratos habían sido suscritos de conformidad con el contenido y estipulaciones formuladas por el Banco Mundial, cuyas normas de selección y contratación definían las políticas y procedimientos para contratar y supervisar a los consultores, cuyos servicios se habían requerido para proyectos financiados total o parcialmente con préstamos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), con créditos o donaciones de la Asociación Internacional de Fomento (AIF), con donaciones del Banco o con fondos fiduciarios administrados por el Banco y ejecutados por el beneficiario. De acuerdo con el convenio internacional suscrito entre el gobierno ecuatoriano y el Banco Mundial, los contratos de consultoría no generaban ninguna relación de dependencia, debiendo pagarse a la persona contratada bajo la modalidad de honorarios y un bono de elegibilidad creado mediante dicho acuerdo. Dedujo la sala que, si la contratación de la actora se había realizado bajo los parámetros determinados por los organismos internacionales, estábamos frente a un régimen específico, al cual se había sometido la accionante de forma voluntaria. Por todo lo expuesto, la sala concluyó que las relaciones entre la accionante y el proyecto

demandado no se hallaban sometidas al ámbito laboral.⁴¹⁰

Como se ha venido afirmando, en esta sentencia no existió el más mínimo intento de relacionar la situación material que caracterizó el vínculo entre la actora y el proyecto demandado con los elementos que definen, según el Código del Trabajo ecuatoriano, el contrato de trabajo. Fueron los requerimientos y políticas de los organismos financieristas los que determinaron el criterio que adoptó el juzgador respecto de la relación examinada.

Otra discusión se suscitó respecto de la relación que se originaba entre las partes, a partir de la suscripción de contratos denominados como de carácter “mercantil”. A la Primera Sala de lo Laboral le correspondió estudiar la situación de una mujer que fue contratada como agente mercantil independiente por el Hotel Ajaví de Ibarra para que gestionara en la ciudad de Quito clientes que pudieran realizar eventos en dicho hotel. En opinión de la sala especializada, para determinar si una relación contractual celebrada entre dos personas para realizar una labor fue de carácter civil, mercantil o laboral, era necesario acudir al artículo 8 del Código del Trabajo, el cual contiene los elementos característicos del contrato de trabajo: el convenio, los servicios lícitos y personales, la dependencia del trabajador/a para con el empleador/a y la remuneración. En efecto:

En el caso en examen, se advierte la existencia del convenio según lo reconoce el demandado, aunque él afirma, sin probarlo, que era: un convenio de carácter mercantil. 2. los servicios lícitos y personales, los que consistían en la búsqueda de clientes por parte de

⁴¹⁰ No. 84-2004 de junio 26 del 2007, Andi vs. PRODEPINE, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de

la actora en este juicio para el Hotel Ajaví, actividad perfectamente lícita y que debía ser realizada personalmente por la contratada. 3. la dependencia, esta es de índole jurídica, por la cual el trabajador se compromete a realizar su labor siguiendo las órdenes y direcciones de quien le contrata, y muchas veces, una vez celebrado el contrato, simplemente se subordina a lo que disponga el empleador, aunque no realice ninguna labor específica; y por último el elemento fundamental que constituye la razón de ser por la que el trabajador celebra el contrato es la remuneración.⁴¹¹

En este caso, la sala razonó que se había comprobado plenamente la existencia de un vínculo contractual de carácter laboral. Por el contrario, la Primera Sala de lo Laboral consideró que no se había comprobado la existencia de la relación laboral entre la actora y la Compañía de Productos AVON del Ecuador S.A.⁴¹² En cuanto al primer elemento, esto es, la prestación de servicios personales, la sala observó que ésta había sido realizada además de la actora, por otras personas que habían sido nombradas para que trabajen bajo su dirección, conformando una especie de “red comercial” que le permitía mejorar las ventas para alcanzar unas metas de rendimiento más altas e incrementar sus propias comisiones. De ello la sala dedujo que el primer elemento de la relación jurídica –la prestación de servicios personales entre la actora y AVON– no se había cumplido.

En cuanto a la dependencia, la sala constató que la actora no tenía un lugar de trabajo fijado por la empresa, sino que las actividades las cumplía en el lugar que definía de manera autónoma, así como el horario y la manera en que efectuaba dichas

lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 78, Suplemento, 1 de diciembre de 2009.

⁴¹¹ No. 307-2005 de agosto 29 del 2006, Andrade vs. Imbaturis, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R.O. No. 46, Suplemento, 20 de marzo de 2007.

⁴¹² No. 389-06 de 7 de marzo del 2007, Chávez vs. AVON S.A., Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 345, Suplemento, 26 de mayo de 2008.

actividades. De ello concluyó que el segundo requisito (la dependencia) tampoco estuvo presente en la relación jurídica analizada.

En cuanto al tercer elemento, la remuneración, la sala expresó que la contraprestación estaba dada por el pago de comisiones sobre las ventas, las cuales aumentaban cuando las ventas eran mayores, observando que en los documentos agregados al proceso constaba el desglose del IVA, rubro que no debía estar presente en el pago de una remuneración, sino en liquidaciones de tipo mercantil, con lo cual consideró que se había desvanecido la existencia de una relación laboral entre la actora y la empresa demandada.

Finalmente, la sala examinó el “contrato de comisión mercantil” suscrito por las partes, apreciando que no había sido aceptado bajo ningún vicio de consentimiento, sino que había sido firmado de manera libre y voluntaria, por lo que, en aras de la observancia del principio constitucional de la seguridad jurídica, consideró que debían ser cumplidos y honrados los compromisos que de él se habían generado.

De esta manera, aplicando el artículo 1562 del Código Civil de acuerdo con el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan a lo que en ellos se expresa, como si las partes se hubieran encontrado en igualdad de condiciones al momento de suscribir el contrato “mercantil”, la sala llegó a la conclusión de que la relación que unió a las partes no fue de carácter laboral. Téngase en cuenta que este tipo de actividades son desempeñadas por un considerable número de mujeres en un contexto donde cada vez más los trabajos no requieren ser ejecutados en el local de una empresa, ya que a ésta le importa básicamente los resultados que puedan ser alcanzados; y, donde los mecanismos de dominación requieren precisamente de la existencia y

ampliación de toda una red de personas que coadyuven al cumplimiento de dichos objetivos.

Veamos ahora cómo se posicionan las Salas de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia en torno a temas como el tiempo de servicios, la jubilación, el despido intempestivo, el cambio de ocupación, el valor del acta de finiquito y el desahucio. A continuación se presenta un análisis de cada uno de ellos. En primer lugar, en cuanto al tiempo de servicios de la actora, se comparte el criterio de que los aportes al IESS no necesariamente prueban esta circunstancia. Así, se afirma que:

El hecho de que se la haya afiliado a la trabajadora por determinado espacio de tiempo no constituye prueba plena que coincida con la totalidad del tiempo de servicios, como ha ocurrido en el presente caso, en que no existe prueba suficiente respecto de la fecha de entrada y de la fecha de salida, lo cual no permite, por lo mismo, demostrar a cabalidad el tiempo de servicios de la actora, por ello, bien hizo la Sala de alzada, en función del principio pro-operario en aplicar el Art. 590 del Código del Trabajo, y determinar, como tiempo de servicios, el constante en la demanda y en el juramento deferido de la trabajadora.⁴¹³

En el tema de la jubilación, se ha reiterado el criterio de que la jubilación, por su carácter eminentemente social, es imprescriptible, intangible, no susceptible de solución anticipada o convenio que pueda significar renuncia de derechos de la trabajadora. Además, se ha dicho que ésta es una prestación de tracto sucesivo, lo cual se deduce del

⁴¹³ Ver la Resolución No. 443-2000 de junio 24 del 2002, Cantocuamba vs. Larco, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 685, 17 de octubre del 2002. En el mismo sentido las siguientes sentencias: No 83-2001 de marzo 3 del 2004, Pérez vs. Coop. de Transportes Pesados Puyando; N° 499-05 de 16 de mayo del 2007, Anchundia vs. SOMAR S. A.; No. 99-2001 de 28 de noviembre de 2001, Carrillo vs. Fábrica Poliplast.

contenido de la regla segunda del Art. 219 del Código del Trabajo, cuando la misma se refiere a la pensión “mensual” de jubilación.⁴¹⁴

Así, por ejemplo, se discutió “la censura que hace la empleadora sobre la decisión contenida en el considerando séptimo de la sentencia, para aceptar el tiempo de servicio de 24 años 2 meses y 13 días computándolo como 25 años para efectos del artículo 216 (ex 219) del Código del Trabajo y reconocer el derecho de la actora a la jubilación patronal, argumentando que inobserva las disposiciones del artículo 34 del Código Civil y la resolución obligatoria del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 233 de 14 de julio de 1989”. La sala especializada aplicó el artículo 188 del Código del Trabajo que, en el cuarto inciso, dispone que *la fracción de un año se considerará como un año completo*, por tratarse de una norma especial y “porque aún si hubiese duda, se debe aplicar el principio indubio pro laboro.”⁴¹⁵

Incluso se debatió sobre la eficacia de la institución de la cosa juzgada, a partir del caso de una trabajadora que había propuesto con anterioridad una demanda en contra de ABN AMRO BANK por el pago de la jubilación patronal, habiendo convinieron las partes en que la actora reciba por concepto de jubilación patronal un monto único, acuerdo que había sido aprobado mediante sentencia por el juez del trabajo. En el presente juicio, la parte demandada se excepcionó argumentado la existencia de cosa juzgada, sin embargo, la sala casó la sentencia recurrida y ordenó que la institución

⁴¹⁴ No. 18 – 2000 de 15 de noviembre del 2000, Castro vs. Zambrano; No. 25 – 2001 de 15 de mayo de 2001, Román vs. Banco Popular; N° 339-00 de 12 de noviembre de 2002, Pérez vs. Banco Nacional de Fomento.

⁴¹⁵ No. 302-05 de 28 de septiembre del 2007, Gualotuña vs. INCASA S. A., Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 13, 27 de agosto de 2009. Un criterio diferente en: No. 214 – 2000 de 7 de noviembre del 2000, Ubidia vs. Compañía Shering Plough del Ecuador S.A., Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R.O. No. 242, 11 de enero de 2001: “Por haber acreditado únicamente 19 años, 11 meses, 9 días, como tiempo de servicios, no tiene

demandada pague a la actora la pensión jubilar, de acuerdo con los Arts. 219 y 220 del Código del Trabajo, más lo correspondiente a décima tercera, décima cuarta, décima quinta y décima sexta pensiones jubilares, desde la fecha de su retiro. El argumento central fue recogido en los considerandos cuarto y quinto de la sentencia:

QUINTO.- Nuestra Constitución actual en su Art. 35, número 4, dispone que: “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique renuncia, disminución o alteración; y luego, en el número 5, dice: “Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos...”, es decir, normas supremas que prevalecen ante cualesquiera otras que se les opongan. SEXTO.- La jubilación ha sido declarada por el Tribunal Supremo, derecho imprescriptible, lo cual implica que es irrenunciable. De ahí que en innumerables fallos emitidos por las salas especializadas de lo Laboral y Social se ha sentado jurisprudencia respecto del pago de la jubilación patronal; en ellos se ha dicho ya, al amparo de las normas constitucionales, que no es negociable, es irrenunciable, es intangible y que por ser de tracto sucesivo deber ser satisfecha mes a mes y no con una sola cantidad que va en detrimento del origen y fundamento jurídico de esta institución laboral que persigue la protección económica de quienes después de haber entregado su vida productiva, cuenten con algún sustento económico fijo mensual.⁴¹⁶

derecho a la jubilación patronal.”

⁴¹⁶ No. 221 – 2000 de septiembre 27 del 2000, Espinosa vs. ABN AMRO BANK, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral, Quito, R. O. No. 211, 27 de noviembre del 2000. El voto salvado consideró que se debía casar la sentencia y rechazar la demanda por existir cosa juzgada, ya que existió un acuerdo transaccional en un juicio que fue aprobado en sentencia cumpliendo con todas sus formalidades. Opinó que no era posible anular una sentencia dictada por un juez, para cuya resolución se cumpliera todas las formalidades. No hay duda –dijo– que existió un juicio, una sentencia ejecutoriada y ejecutada sobre el pago de la jubilación patronal, que demandó la actora a ABN AMRO BANK, que fue exactamente idéntico con el que se conoció en esta oportunidad, por lo mismo, era aceptable la excepción de cosa juzgada, tomando en consideración, además, que el fallo dictado por el juez, se encontraba ejecutoriado y ejecutado.

El artículo 219 del Código del Trabajo, que establecía el derecho de los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren trabajado para su empleador, de manera continuada o interrumpidamente, para ser beneficiarios de la jubilación patronal, había sido reformado por la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, permitiendo que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubriera el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinadas en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta. Bajo esta regulación, se analizó el caso de una trabajadora que laboró veintitrés años y dos meses para la empresa demandada KRAFT FOODS S. A., quien se volvió beneficiaria del derecho a la jubilación por decisión de la empleadora y a quien se le entregó un fondo global por dicho concepto, realizándose el siguiente análisis:

A). La ley faculta a la trabajadora que escoja entre la pensión de tracto sucesivo para que le sea pagada de por vida en forma mensual; o, la percepción de un monto global que le permite tener de una vez lo que le corresponde por jubilación; B). La selección de un modo de percibir la pensión por jubilación implica una transacción que puede realizar de manera general el trabajador, no para renunciar derechos (numeral 5 del artículo 35 de la Constitución Política) sino para determinar el valor que se debe pagar; C). La transacción en el caso concreto, no se cuestiona en cuanto a su existencia o a su validez como acuerdo entre las partes, sino por su eficacia como modo de extinguir las obligaciones por el contenido, si es que causa perjuicio o daño a la compareciente.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Resolución No. 532 – 06 de 17 de marzo del 2008, *Aspiazu vs. Cía. KRAFT FOODS ECUADOR S. A.*, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 152, Suplemento, 17 de marzo de 2010.

A partir de estos elementos, se discutió si hubo un daño en el pago, llegando a la conclusión de que, cuando la disposición sobre la jubilación disponía que la entrega del fondo global debía hacerse sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubriera el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, ello significaba que la cantidad debía ser el cálculo de la pensión mensual de la trabajadora multiplicada por el período de la cobertura. En el presente caso se evidenció que la cantidad entregada fue menor que la sumatoria de las mensualidades establecidas por todo el tiempo de la cobertura, concluyendo que la recurrente tenía razón sobre la falta de base jurídica respecto del descuento realizado al fondo que debía recibir.

Finalmente, en el tema de la jubilación, es necesario mencionar que las salas han aplicado el Art. 188 del Código del Trabajo que establece las indemnizaciones que le corresponden al trabajador cuando es despedido intempestivamente y, en el inciso séptimo de dicha norma legal, dispone que: “En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años y menos de veinte y cinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo con las normas de este Código”. Cuando la actora ha sido despedida intempestivamente, encontrándose en esta situación, se ha aceptado su reclamación.⁴¹⁸

En cuanto al despido intempestivo, es necesario señalar que éste ha sido considerado por las Salas de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia como un hecho unilateral, abusivo y arbitrario del empleador para dar por terminadas las

⁴¹⁸ No. 312 – 2000 de octubre 24 del 2000, Fabre vs. Colegio Rodhe Arosemena, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R.O. No. 248, 19 de enero de 2001; No. 418 – 2000

relaciones laborales. Por las consecuencias económicas determinadas en la ley que se derivan de la actuación del empleador, el despido intempestivo debe ser probado de una manera contundente, sin que llegue a ofrecer dudas de su ocurrencia al juzgador. Habiendo sido caracterizado como un hecho de carácter objetivo que sucede en determinado lugar y tiempo, se exige la demostración de un conjunto de situaciones, como la fecha, el lugar, la hora y las circunstancias en que tal despido se produjo⁴¹⁹, afirmando que:

3.1. El despido intempestivo del trabajo es la terminación de la relación contractual laboral por decisión unilateral del empleador. La realidad nos enseña que ese despido puede darse de muy diversas maneras, unas en forma frontal y directa, otras en forma sutil, mediante argucias o en forma indirecta, mediante arbitrios como por ejemplo no permitir el ingreso del trabajador al local de trabajo. 3.2. La prueba del despido naturalmente corre a cargo del trabajador que lo alega. Para ello puede acudir a la prueba testimonial o a la prueba documental. 3.3 [...].La Sala considera que con esas pruebas relacionadas entre sí, se ha justificado plenamente el despido intempestivo que se inició el 21 de agosto del 2003 con la intervención de la Jefa de Personal Sra. Minerva Navarrete, continuó el 25 de agosto del mismo año mediante la actuación de la Srta. Germania Campoverde y culminó el 19 de agosto con la negativa a permitirle el ingreso al local de trabajo.⁴²⁰

de 16 de enero del 2001, Intriago vs. Banco del Pichincha. CA., Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 324, 11 de mayo del 2001.

⁴¹⁹ No. 310 – 2000 de 17 de octubre de 2000, Pumayugra vs. Unidad Educativa Mariscal Sucre; No. 270 – 2000 de 13 de noviembre de 2000, Vélez vs. Constructora Moreano Cía. Ltda; No. 417 – 99 de 29 de marzo de 2000, Gonzenbach vs. Banco del Pichincha; No. 32-2002 de 20 de mayo del 2002, Herdoiza vs. Confecciones Linda Cia. Ltda.; No. 175-2003 de 16 de septiembre de 2003, Palacios vs. Embotelladora Azuaya; No. 340-2003 de 3 de marzo de 2004, Villavicencio vs. Mirasol; No. 218-2004 de 4 de noviembre de 2004, Berru vs. Lloyds Bank; No. 355-04 de 31 de mayo de 2006, Ibarra vs. Cáceres; No. 89-05 de 30 de mayo 30 de 2006, Fernández vs. Dávalos; No. 035-05 de 29 de marzo del 2007, Inca vs. Hotel Chalet Suisse; No. 97-2005 de 6 de noviembre de 2007, Vásquez vs. Cardona.

⁴²⁰ No. 451-05 de 15 de abril del 2008, Maldonado vs. Almacenes De Pratti S. A. Corte Suprema de

Frecuentemente se llegó a descubrir en la entrega “voluntaria” a la parte trabajadora de una bonificación por parte del empleador, al momento de la terminación de la relación laboral por “mutuo acuerdo”, una evidencia de que la relación laboral concluyó por despido intempestivo:

La circunstancia de que la parte empleadora sin que exista obligación alguna tenga el gesto munificente de gratificar a la trabajadora [...] y más aún, que en el texto del acta de finiquito se señale que dicha cantidad “será imputable a cualquier derecho que eventualmente pudiera asistirle...” es demostrativa para este Tribunal de que la vinculación de trabajo no concluyó de manera armónica como sostiene la parte demandada, sino que se suscribió sin que se respeten plenamente los derechos de la trabajadora ya que, resulta inexplicable al recto criterio judicial que un empleador sin tener ninguna obligación que lo compela se muestre tan dadivoso para con un trabajador. De lo dicho se infiere, que lo que existió fue un artificio para encubrir un real despido intempestivo y soslayar así el cumplimiento de las sanciones que tal arbitrio ilegítimo comporta.⁴²¹

El despido intempestivo fue caracterizado como “el acto mediante el que el empleador pone en conocimiento del trabajador su voluntad unilateral de dar por terminada la relación laboral, acto violatorio de la estabilidad laboral que confiere la ley a los trabajadores y que al producirse conlleva la penalización con una carga indemnizatoria a cargo del empleador.” No obstante el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno, es decir, “la voluntad unilateral de

Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 61, 6 de noviembre de 2009.

⁴²¹ Ver la Resolución No. 255 – 2000 de 23 de agosto de 2000, Domínguez vs. Eveready del Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 210, 23 de noviembre del 2000. En el mismo sentido: N° 254-02 de 29 de octubre de 2002, Macías vs. INEPACA; No. 417 – 99 de 29 de marzo de 2000, Gonzenbach vs. Banco del Pichincha; No. 138-2003 de 24 de junio de 2003, Díaz vs. Importadora El Rosado; No. 145 – 2001 de 2 julio 2 de 2001, Yanqui vs. Cóntag; No 145-03 de 28 de octubre de 2003, Vega vs. Andinatel S.A.

dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador, constituye un acto legítimo cuando comparece ante el inspector provincial del trabajo a solicitar su visto bueno, previo el trámite establecido en la ley, dentro del que deberá probar los fundamentos de su pedido.” Por ello, si el empleador no justifica haber realizado el trámite administrativo correspondiente para obtener el visto bueno del Inspector del Trabajo para dar por terminado el contrato existente con la actora, se entiende que la relación laboral terminó por acto unilateral del empleador, lo cual constituye el despido intempestivo.⁴²²

De la misma manera, existe acuerdo en aplicar uniformemente el inciso 20 del artículo 183 del Código del Trabajo, que determina que: “La resolución del Inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio”. Por ello, de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia⁴²³, en los casos en que el juez del trabajo desechare el visto bueno concedido por el inspector del ramo, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono, según el caso, a favor de quien las hubiere reclamado, previa la impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo de trabajo.⁴²⁴

Existe criterio uniforme de que, habiendo el empleador sostenido que la relación laboral ha terminado por abandono del trabajo, se produce la inversión de la carga de la prueba, es decir, corresponde a éste demostrar el hecho. Si el demandado no logra

⁴²² En este sentido, las Resoluciones N° 435-06 de 18 de septiembre del 2007, Campuzano vs. ANAJAM; No. 487-06 de 30 de noviembre del 2007, Cobeña vs. ANAJAM; No. 288 – 05 de 17 de julio de 2008, Hernández vs. Narváez Silva; No. 368 – 05 de 29 de julio del 2008, Becerra vs. Coop. de Transportes San Miguel de Ibarra.

⁴²³ Registro Oficial Nro. 412 de 6 de abril de 1990.

⁴²⁴ Ver las Resoluciones No. 130 – 2000 de 11 de septiembre del 2000, Enireb vs. Junta de Beneficencia de Guayaquil; No. 214 – 2000 de 7 de noviembre del 2000, Ubidia vs. Compañía Shering Plough del

acreditar procesalmente la existencia del “abandono” del trabajo alegado por él, opera la sanción por despido.⁴²⁵

Igualmente, existe reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la confesión ficta en el sentido de que habiéndose hecho la notificación correspondiente para que el demandado confiese, si éste no comparece, sin razón valedera, debe aplicarse el precepto del artículo 133 del Código de Procedimiento Civil, estimándose que tal diligencia y declaratoria de confeso tienen pleno valor probatorio. Por lo mismo, procede la apreciación en el sentido de que se ha producido el despido intempestivo.⁴²⁶

Con base en las reglas de la sana crítica, los jueces consideran los antecedentes irregulares y las circunstancias conflictivas que rodean las relaciones laborales entre las partes, para determinar que el vínculo laboral entre las partes terminó por voluntad unilateral del empleador. Se señala como indicadores de la voluntad del empleador de dar por terminada unilateralmente la relación laboral: no cancelar oportunamente las

Ecuador S.A.; No. 355-2005 de 31 de mayo de 2006, Ibarra vs. Cáceres; No. 338-2002 de 24 de marzo de 2004, Cueva vs. Coop. Ahorro y Crédito "Padre Julián Lorente".

⁴²⁵ Ver, por ejemplo, las resoluciones No. 217-2002 de abril 29 de 2003, Angulo vs. Cooperativa de Ahorro y Crédito Pablo Muñoz Vega Ltda.; No. 265-2001 de 24 de marzo del 2004, Manzaba vs. Farmacia SUMEDICA; No. 47-2004 de 26 de enero de 2005, Murillo vs. Jalil; No. 402-04 de 11 de mayo de 2006, Zambrano vs. Banco de Guayaquil; No. 018-2005 de 29 de septiembre del 2006, Fabre vs. Juan Marcel; No. 153-2005 de 29 de agosto de 2006, Ruiz vs. Constructora Paredes Camacho; No. 229-2005 de 26 de julio de 2006, Massay vs. Banco Territorial S. A.; No. 443-2005 de 18 diciembre de 2006, Ayala vs. Compañía Colegio Francés de Quito; No. 007-2006 de 20 de septiembre de 2006, Cárdenas vs. Canelos y otro; No. 463-2006 de 11 de diciembre de 2006, Viracucha vs. D.M. Construcciones Consmecon S.A.; N° 499-05 de 16 de mayo del 2007, Anchundia vs. SOMAR S. A.; No. 409-05 de 31 de enero de 2008, Alay vs. Distribuidora Salvatierra; No. 334-2006 de 10 de enero de 2008, Jiménez vs. LAAR Cía. Ltda.; No. 038-07 de 20 de diciembre del 2007, Proaño vs. Laboratorio Fotográfico Profesional Ronald; No. 669-06 de 17 de marzo del 2008, Arias vs. Colegio Los Alpes; No. 1052 – 06 de 29 de julio de 2008, Arboleda vs. “Hotel Francisco”.

⁴²⁶ No. 198-2001 de 28 de noviembre de 2001, Álvarez vs. ENPROVIT – MAG; No. 288-2001 de 19 de noviembre de 2001, Contreras vs. Casa Briz Cía. Ltda.; N° 266-2002 de 19 de noviembre de 2002, Sánchez vs. Empresa IMBIREP Cía. Ltda.; No. 340-2003 de 3 de marzo de 2004, Villavicencio vs. Mirasol; No. 12-2004 de 27 de mayo de 2004, Ávila vs. Banco del Pichincha C. A., SOTEM Cía. Ltda.; No. 161-2004 de 24 de enero 24 de 2006, Morocho vs. Palta y otro; N° 499-05 de 16 de mayo del 2007, Anchundia vs. SOMAR S. A.; No. 353-05 de 27 de julio del 2007, Tomalá vs. Hacienda La Meca; No. 409-05 de 31 de enero del 2008, Alay vs. Distribuidora Salvatierra; No. 451-05 de 15 de abril del 2008, Maldonado vs. Almacenes De Pratti S. A.; No. 669-06 de 17 de marzo del 2008, Arias vs. Colegio Los Alpes.

remuneraciones, no hallarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones en el IESS, el cierre de las oficinas de la empresa, pruebas del proceso de exigibilidad de derechos para que el empleador cumpla con el pago de los aportes individuales y patronales y lo correspondiente a fondos de reserva, o el ejercicio del derecho a la organización, lo cual suele ser visto por el empleador como contrario a los intereses de la parte empleadora.⁴²⁷

Generalmente, se acepta que hubo despido intempestivo cuando se llega a demostrar que la relación laboral finalizó debido a la concesión de visto bueno por parte de la autoridad administrativa de trabajo en favor de la actora, al haber justificado el hecho del traslado sin su consentimiento de unas funciones a otras y, lo que es más grave aún, por habersele disminuido la remuneración que percibía⁴²⁸, pero también cuando el cambio que no implica mengua de remuneración o categoría es reclamado por la trabajadora dentro de los sesenta días siguientes a la orden del empleador.⁴²⁹ Por el contrario, el despido intempestivo es desestimado cuando no hay constancia de que el cambio de ocupación haya sido definitivo o cuando la trabajadora fue asignada a funciones de igual categoría.⁴³⁰

⁴²⁷ No. 32-2002 de 20 de mayo de 2002, Herdoiza vs. Confecciones Linda Cia. Ltda.; No. 286-2003 de 25 de marzo de 2004, Briones vs. Empresa Portuguesa S. A.; No. 153-2005 de 29 de agosto de 2006, Ruiz vs. Constructora Paredes Camacho.

⁴²⁸ No. 4-2000 de 29 de marzo del 2000, Jiménez vs. Banco de Fomento, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, Registro Oficial N° 110 de 30 de junio de 2000. Sin embargo, cabe mencionar el caso de una trabajadora a quien sus superiores le informaron de la decisión de cambiarle de lugar de trabajo, sin su consentimiento, aun cuando iba a desempeñar la misma función. A pesar de que la decisión de la Inspectoría del Trabajo fue conceder el visto bueno al empleador, la sala especializada opinó que se había configurado el despido intempestivo, tornándose el visto bueno en indebidamente concedido (No. 278-05 de 10 de septiembre del 2007, Ortiz vs. Consejo Provincial de Loja, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 606, Suplemento, 5 de junio de 2009).

⁴²⁹ No 443-2005 de 18 de diciembre de 2006, Ayala vs. Compañía Colegio Francés de Quito, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 325, Primer Suplemento, 28 de abril de 2008.

⁴³⁰ No. 53 – 2000 de 10 de abril de 2000, Baille vs. MIDUVI, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de

El cambio de funciones realizado por el empleador sin el consentimiento de la trabajadora suele ser demostrado con el trámite de la denuncia presentada en la Inspectoría del Trabajo.⁴³¹ No obstante, de acuerdo con la resolución de la Corte Suprema de Justicia no es indispensable en tales casos que la trabajadora afectada con el cambio acuda primeramente a solicitar el visto bueno al Inspector del Trabajo, sino que puede presentar la demanda directamente ante el Juez del Trabajo.⁴³²

En cuanto al valor del acta de finiquito, existe criterio unánime sobre la facultad de los trabajadores para impugnar las actas de finiquito, documento que tiene la presunción de legitimidad, aún las pormenorizadas y celebradas ante el Inspector del Trabajo, cuando de ellas aparece que existen indemnizaciones y derechos no liquidados o existe renuncia de derechos.⁴³³ En cambio, no es admitida la impugnación del acta de finiquito cuando la accionante declara estar satisfecha con la liquidación practicada, sin tener nada que reclamar en el futuro, o aclara que no queda obligación pendiente que formular. En estos casos, cuando las actoras no logran demostrar que en el momento en

lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 87, 30 de mayo del 2000; No. 1-2001 de 17 de julio de 2001, Ortega vs. EMELBO, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 394, 21 de agosto del 2001.

⁴³¹ No. 712-06 de 19 de febrero del 2008, Martínez vs. Empresa Celular Online.

⁴³² No 77-2004 de noviembre 24 del 2004, Herrera vs. Banco Nacional de Fomento; No. 1090-2006 de 19 de noviembre del 2007, Amat vs. ANDINATEL S. A.

⁴³³ No. 335 – 99 de 30 de marzo de 2000, Peñafiel vs. Andrade; No. 168-2002 de 21 de agosto de 2002, Saltos vs. Autoridad Portuaria de Guayaquil; No. 177-2001 de 6 de junio de 2002, Pavón vs. Autoridad Portuaria de Guayaquil; N° 278-2002 de 12 de febrero de 2003, Oscue vs. Baquerizo; No 279-2003 de 19 de enero de 2004, Zambrano vs. Autoridad Portuaria de Manta; No. 96-2004 de 2 de junio de 2004, Aliatis vs. Filanbanco S. A.; No. 250-2004 de 12 de octubre de 2004, Mieles vs. SOLCA; No. 252-04 de 28 de septiembre de 2004, Villegas vs. SOLCA; No 81-2003 de 25 de mayo de 2004, Ruiz vs. FILANBANCO S. A.; No 296-2003 de 25 de mayo de 2004, Buzzeta vs. Aut. Portuaria de Guayaquil; No. 181-2004 de 28 de septiembre de 2004, Monge vs. Banco La Previsora (Actualmente Filanbanco S. A.); No. 321-2003 de 10 de enero de 2006, Chancay (procuradora común de los herederos del ex trabajador Héctor Javier Napolitano López) vs. Autoridad Portuaria de Guayaquil; No. 158-2005 de 9 de marzo de 2006, Porras vs. Vasco Villacís; No. 236-2005 de 17 de octubre de 2006, Zamora vs. I. Municipalidad de Quevedo; No. 57-2005 de 28 de marzo de 2007, Campuzano vs. CIA. NEW YORKER S.A.; No. 200-2005 de 30 de abril de 2007, Villa vs. Contreras; N° 520-05 de 25 de septiembre de 2007, Bautista vs. ANDINATEL S. A.; No. 298-2005 de 13 de noviembre del 2007, Sánchez vs. ANDINATEL

que suscribieron dicho documento existió algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo, o que las firmas estampadas en dichos documentos han sido falsificadas, la impugnación suele ser desechada. Lo mismo puede decirse del documento de renuncia: si no se comprueba de forma fehaciente que la manifestación de voluntad ha sido viciada por error, fuerza o dolo, no ha lugar a la declaración de despido intempestivo.⁴³⁴

Por otra parte, de acuerdo con lo que dispone el artículo 184 del Código del Trabajo y el artículo 624 del mismo cuerpo legal, el desahucio debe darse mediante solicitud escrita presentada ante el Inspector del Trabajo, quien hará la notificación correspondiente dentro de veinte y cuatro horas. Si no se cumple con este procedimiento, se considera configurado el despido intempestivo, por ejemplo, cuando el empleador “notifica” en forma privada a la parte actora respecto de su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, o el no consignar la bonificación del 25% por el tiempo de servicios que determina la ley en los casos de desahucio.⁴³⁵

En algunos casos, las mujeres aparecen como actoras en representación de los herederos del trabajador fallecido. Nos interesa destacar dos sentencias, por el debate

S. A.; No. 302-05 de 28 de septiembre de 2007, Gualotuña vs. INCASA S. A.; No. 214-2006 de 25 de junio de 2007, Veloz vs. Banco Ecuatoriano de la Vivienda.

⁴³⁴ No 180-2002 de 14 de abril de 2003, Ramos vs. Hacienda Tabacalera La Meca; No. 198-2001 de 28 de noviembre de 2001, Álvarez vs. ENPROVIT – MAG; No. 67-02 de 3 de junio de 2002, Andrade vs. Petrocomercial; No. 197-02 de 26 de agosto de 2002, Loor vs. Industria Ecuatoriana Productora de Alimentos INEPACA; No. 247-2002 de 7 de mayo de 2003, Bazarro vs. INEPACA; No. 56 de 5 de mayo de 2003, Del Salto vs. Autoridad Portuaria de Guayaquil; No. 109-2003 de 31 de julio de 2003, Carreño vs. INEPACA; No. 353-2001 de 4 de marzo de 2002, Abeiga vs. C.R.M; No 372 – 99 de 28 de marzo de 2000, Hidalgo vs. MIDUVI; N° 49 – 2001 de 16 de mayo del 2001, Salazar vs. Compañía Maquinaria y Vehículos S A (MAVESA); No. 55 – 2001 de 29 de mayo del 2001, Valverde vs. Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil – ECAPAG; No. 200-03 de 21 de octubre de 2003, Orlando vs. Filanbanco S.A; No 275-2003 de 19 de enero de 2004, Becerra vs. ANDINATEL S. A.; No. 420-2004 de 29 de junio de 2006, Carrasco vs. COINVER; No. 302-05 de 28 de septiembre de 2007, Gualotuña vs. INCASA S. A.

⁴³⁵ No. 107-2005 de 6 de octubre del 2006, Mera vs. INNFA; No. 094-06 de 11 de diciembre del 2007, Lara vs. Municipalidad de Esmeraldas; No. 708-2006 de 12 de septiembre de 2007, Paredes vs. Instituto Educativo Henri Becquerel; No. 288 – 05 de 17 de julio del 2008, Hernández vs. Narváez Silva.

que suscitaron en torno a los derechos de los niños/as. En el primer caso, habiendo fallecido su conviviente en un accidente de trabajo el 21 de mayo de 1996, la actora presentó la demanda el 11 de septiembre de 1997, habiendo sido calificada el 15 de septiembre del mismo año, y citado el demandado el 22 de octubre de 1998. Alegaba que no habían transcurrido dos años para que pudiera operar la prescripción. La sala especializada, con el voto de la mayoría de los magistrados, rechazó el recurso de casación interpuesto por la actora con el argumento de que la parte demandada llegó a tener conocimiento de las pretensiones de la actora después de transcurridos los dos años que establece la ley. Por el contrario, el voto de minoría sostuvo que la sentencia debía ser casada, pues estaban en juego los derechos de los hijos, quienes tenían dos y tres años de edad cuando se había iniciado el juicio. En efecto, se habían dejado de lado preceptos como el del artículo 2433 del Código Civil que regula el derecho de las personas menores de edad y de cuantos estén bajo la potestad paterna y materna a la prescripción ordinaria. A más de que la propia Constitución y el Código del Trabajo se guían por principios del derecho social y la protección a los grupos vulnerables.⁴³⁶

El segundo es el caso de un trabajador menor de edad –fallecido a causa de un accidente de trabajo– que realizaba actividades relacionadas con telecomunicaciones, sin contar con equipos de protección. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 359 del Código del Trabajo, el empleador estaba obligado a cubrir las indemnizaciones y prestaciones correspondientes en caso de accidente o enfermedad profesional, siempre que el trabajador no se hallare comprendido dentro del régimen del seguro social y protegido por éste, salvo los casos de accidente provocado por fuerza mayor extraña al trabajo. Por su parte, el artículo 174 del Estatuto Codificado del IESS, vigente al

⁴³⁶ No. 458-2000 de 22 de mayo de 2002, Hurtado vs. Industria Cartonera Ecuatoriana, Corte Suprema de

momento del accidente, caracterizaba como accidente de trabajo todo suceso imprevisto y repentino que ocasionare al afiliado lesión corporal o perturbación funcional, o la muerte inmediata o posterior, con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecutaba por cuenta ajena. Por la prueba actuada durante el proceso, incluyendo la absolución del demandado, la sala especializada concluyó que no había duda de que el trabajador fallecido, aun cuando era menor de edad, debía estar afiliado al IESS, lo cual no había ocurrido, en consecuencia, correspondía al empleador el pago de las indemnizaciones por el accidente que ocasionó su muerte.⁴³⁷

3.4.3. El rol de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador frente a los reclamos de género en el ámbito laboral

A continuación, se abordan diversos aspectos especialmente relacionados con la temática de género en el ámbito laboral. En primer lugar, se analiza cómo la Corte Suprema de Justicia se posicionó respecto de la protección que brinda la ley a la mujer-trabajadora-madre. Se estudia, además, la respuesta que dio la Corte frente a las actividades culturalmente consideradas como “no-trabajos” y a los “trabajos de cuidado extendidos al mundo público”, ambos desarrollados por un ejército invisible de mujeres.

Uno de los aspectos más conflictivos en la interpretación del principio de igualdad de trato en relación con el empleo es el referido a la discriminación de las mujeres trabajadoras debido a su embarazo.⁴³⁸ Tradicionalmente se ha planteado que la protección del embarazo constituye una excepción al principio de igualdad. Sin

Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 619, 16 de julio de 2002.

⁴³⁷ No 22-2004 de abril 26 del 2004, Gutiérrez vs. "TELCO", Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 465, 19 de noviembre de 2004.

⁴³⁸ Ver, por ejemplo, el artículo de Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano, “Igualdad de trato en el acceso al empleo y protección de la maternidad. Comentario a la Sentencia C-207/98 del Tribunal de Justicia de

embargo, desde otra perspectiva se ha propuesto entender dicha protección como una concreción del mencionado principio. En efecto, la situación de embarazo y las consecuencias que comporta tienen que ver con una condición específica de la mujer, por esta razón, merecen una protección especial del ordenamiento jurídico.

Con frecuencia, entre los motivos esgrimidos por los empresarios para justificar su reticencia a la contratación de mano de obra femenina figura el hecho de la maternidad y los derechos de ausencia del trabajo que ella conlleva. De ahí que la problemática de la discriminación por razón de embarazo antes del inicio de la relación laboral es uno de los supuestos más claros de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo. En este contexto, cobra importancia el principio de igualdad de trato y no discriminación en lo relativo al empleo a la hora de prohibir expresamente el despido de las trabajadoras por embarazo y maternidad, así como para calificar como discriminaciones directas los despidos de las trabajadoras motivados por esta situación. La negativa de contratación debida al embarazo solamente es experimentada por las mujeres, consecuentemente, constituye una discriminación directa por razón de sexo.

El problema se plantea en los supuestos en los que el criterio utilizado por las empresas para negar la contratación de las trabajadoras o para justificar su despido no es directamente el embarazo sino otros motivos relacionados con el mismo (ausencias reiteradas, dificultades para la reincorporación, etc.). Frecuentemente, los empresarios tratan de encubrir la discriminación invocando motivos no relacionados directamente con el sexo (motivos económicos, por ejemplo). En tales casos –donde el criterio de diferenciación no es directamente el sexo– ha cobrado fuerza el concepto de

la Unión Europea de 3 de febrero de 2000”, en *Revista de Derecho Social*, N° 11, 2000, pp. 103-112.

discriminación indirecta, siendo necesario seguir algunos pasos para establecer el carácter indirecto de un trato diferencial: La utilización por parte del empresario de un criterio formalmente neutro, es decir, aplicable tanto a hombres como a mujeres; el impacto negativo de la medida formalmente neutra en un número mayor de mujeres que de hombres; y, que el empresario no logre probar que la adopción de dicha medida o criterio obedece a motivos objetivos y razonables, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, ajenos a toda discriminación basada en el sexo.

En el ámbito de la jurisprudencia comparada, ha sido reconocida la labor del Tribunal Constitucional español⁴³⁹, que ha desarrollado una línea jurisprudencial de acuerdo con la cual la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, enfatizando que las decisiones extintivas de las relaciones laborales basadas en esta condición, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo. El hecho de que el sexo aparezca como una de las categorías sospechosas de discriminación tiene también incidencia en el ámbito procesal, al acarrear como consecuencia la inversión de la carga de la prueba. Incumbe, entonces, al empresario demostrar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio contra el derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

En la tutela frente al despido de la trabajadora embarazada, la prueba respecto de

⁴³⁹ M^a Josefa Ridaura Martínez, “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en M^a Josefa Ridaura Martínez y Mariano J. Aznar Gómez, *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 239-242.

la obligación de comunicar el estado de embarazo ha generado controversia. Se ha sostenido que el empresario no tendría derecho a preguntar a la trabajadora si está encinta o si quiere tener hijos/as; si lo hace, ella tendría derecho a no contestar e incluso a mentir; y si una vez contratada se produce el embarazo, el empresario no podría cuestionar la validez del contrato. Esta tesis es categórica: sea cual fuere el estado de la trabajadora, e independientemente de que ocultara o no su estado al empresario, ni la contratación ni el despido deberían tener como causa el sexo de la trabajadora.⁴⁴⁰

En este sentido, el interés de la trabajadora de proteger su intimidad frente a intromisiones externas, así como el de garantizar su estabilidad laboral frente a represalias empresariales, justificarían el derecho de la trabajadora a no comunicar su embarazo. La obligación de notificar el estado de embarazo únicamente podría estar justificada por razones preventivas basadas en causas de seguridad y salud en el trabajo, pero no por cualquier otro motivo empresarial. Al margen de estas razones preventivas, desde el punto de vista jurídico, el hecho de que la trabajadora se encuentre o no embarazada debería ser irrelevante. Es decir, el embarazo de una trabajadora no debería ser considerado como argumento jurídicamente admisible para que el empleador decida la contratación, la renovación de las condiciones de trabajo o la terminación del contrato de la trabajadora. Cualquier decisión empresarial sobre motivos ligados a la situación de embarazo de una trabajadora constituye una discriminación directa basada en el sexo.⁴⁴¹

Una de las mayores dificultades que afronta la trabajadora es la prueba de la

⁴⁴⁰ Jaime Cabeza Pereiro y José Fernando Lousada Arochena, “Discriminación por embarazo en el acceso a un trabajo temporal”, en *Revista de Derecho Social*, N° 16, Albacete, Editorial Bomarzo, 2001, pp. 122-128.

⁴⁴¹ Gemma Fabregat Monfort, “¿Obligación de comunicar el embarazo? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de Febrero del 2003. C-320/2001. Busch contra Klinikum Neustadt GmbH –Co. Betriebs- KG”, en *Revista de Derecho Social*, N° 24, Albacete, Editorial Bomarzo,

conducta discriminatoria. Por esta razón, se ha establecido la “prueba de indicios”, de acuerdo con la cual la trabajadora debe aportar elementos que permitan deducir un “clima discriminatorio”. En este caso, el empleador está obligado a demostrar que su conducta responde a un motivo objetivo y razonable que nada tiene que ver con una decisión de carácter discriminatorio. La doctrina judicial venía entendiendo que este “panorama de indicios” se daba por superado con la demostración de que la empresa tenía conocimiento del embarazo, lo cual, en la práctica, forzaba a la trabajadora a comunicar su estado de embarazo a la empresa. Por ello, la presunción de discriminación debería ampliarse a la simple existencia del embarazo.

En la práctica, la prohibición legal de despido por embarazo ha provocado nuevas formas de discriminación⁴⁴². Frente a esta situación, se han buscado soluciones en el ámbito procesal, siendo la acción de tutela colombiana para la protección de la mujer embarazada, un ejemplo de ello.⁴⁴³ En efecto, la procedencia de la tutela por despido en caso de embarazo fue el resultado de un desarrollo jurisprudencial originado a partir del enfrentamiento entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Colombia por la interpretación de la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Este debate se originó a partir de una demanda de inconstitucionalidad presentada en 1997 ante la Corte Constitucional, orientada a poner en evidencia la falta de claridad que existía por la supuesta contradicción de dos artículos del Código Laboral. Por una parte, el artículo 239 prohibía el despido a la mujer embarazada y decía que de darse dicho

2003, pp. 109-119.

⁴⁴² Luisa Cabal y Cristina Motta, comps., *Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Center for Reproductive Rights / Universidad de los Andes, 2006, p. 12.

⁴⁴³ Julieta Lemaitre Ripoll, “Alcance de la reforma legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia”, en Luisa Cabal y Cristina Motta, comps., *Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Center for Reproductive Rights /

despido, la mujer se hacía acreedora de una indemnización equivalente a sesenta días de trabajo y al pago de la licencia de maternidad. Por otra parte, el artículo 241 determinaba la nulidad del despido durante la licencia de maternidad pero no decía nada respecto del embarazo. La interpretación de estos artículos empleada por la Corte Suprema de Justicia había concluido que el despido durante el embarazo, a pesar de estar prohibido, no era nulo, sino que traía como consecuencia el pago de la indemnización (de dos meses de salario) y el pago de la licencia de maternidad. Cabe mencionar que el despido durante el embarazo le costaba al empleador tan sólo esos dos meses de indemnización, pues en la mayoría de los casos la licencia de maternidad la pagaba la seguridad social.

Por el contrario, la Corte Constitucional colombiana opinó que la Constitución protege a la mujer embarazada contra el despido y que esta protección iba más allá del pago de la indemnización y de la licencia. En su criterio, se debía contemplar la nulidad del despido y, por lo tanto, la restitución de la trabajadora al puesto de trabajo. No obstante, la Corte Constitucional se encontró con que si declaraba la inconstitucionalidad del artículo la mujer embarazada se quedaba sin protección, no tendría derecho a la indemnización, ni posibilidad de la restitución. Mientras que, si declaraba la constitucionalidad de dicha norma, disminuiría la protección de la mujer embarazada. Ante esta disyuntiva, la Corte optó por la figura de la “constitucionalidad condicionada”, determinando que se podía aplicar la ley en el sentido de que el despido era nulo y, además del pago de los salarios dejados de percibir durante el despido y la licencia, la empleada tenía derecho a la restitución de su trabajo.

Lejos estuvo de resolverse pacíficamente este conflicto. La Corte Suprema de Justicia se negó a acatar dicha interpretación. Fue cuando la Corte Constitucional empezó a aceptar la procedencia de las tutelas por despido en casos de embarazo, aplicando así su doctrina a través de la justicia constitucional. Si bien las trabajadoras conservaban el derecho a utilizar la vía laboral ordinaria, contaban además con el procedimiento de tutela. Esta alternativa procedimental no conllevaba costos, no necesitaba el patrocinio de un/a abogado/a y debía ser resuelta en el término máximo de diez días laborales. Por otra parte, la tutela otorgaba una serie de ventajas a quien demandaba, como era el caso de la inversión de la carga de la prueba. Con esta decisión la Corte Constitucional colombiana no sólo cambió en la práctica el contenido de la norma sino que además amplió las posibilidades de protección para los casos de despido por embarazo.

Pero hay más. En la década de los noventa las leyes laborales estuvieron orientadas a favorecer los procesos de apertura económica, lo cual se vio reflejado en una legislación que promovió la flexibilización de las formas de contratación laboral, dando lugar al nacimiento de nuevas figuras de contratación precaria. Estas reformas se complementaron con otras introducidas en la legislación de la seguridad social con el propósito de adecuar las prestaciones a las nuevas formas de contratación. Los procesos de flexibilización laboral y su traducción en las legislaciones nacionales plantearon serias dudas respecto de la observancia de los mandatos contenidos en la legislación internacional. En la práctica, las nuevas regulaciones entraron en contradicción con los principios establecidos en varios convenios de carácter internacional. En el caso de las mujeres, estas reformas afectaron su derecho a la estabilidad, de modo particular, en

casos de embarazo.⁴⁴⁴

En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se ocupó de la desprotección de las mujeres embarazadas en los contratos “flexibles”.⁴⁴⁵ En un primer momento la Corte negó el amparo de la tutela a las mujeres despedidas por empresas de servicios temporales o en contratos a término fijo. Sin embargo, a partir de 2002, la Corte exigió a los empleadores que prueben que existía una causa objetiva para la terminación del contrato, y que ésta no había sido una mera sanción por el embarazo. La Corte señaló en repetidas ocasiones que la flexibilidad del contrato era utilizada para despedir a la mujer por estar embarazada y que ello era inconstitucional. Independientemente del tipo de contrato de trabajo, la prohibición de terminar unilateralmente el mismo por causa o en ocasión del embarazo, estaba plenamente vigente.

Por todo ello, el énfasis no sólo debe estar puesto en la reforma de la ley sustantiva sino también en la reforma de los procedimientos para que sean más accesibles a las demandas de las mujeres trabajadoras. Los procesos de reforma deben considerar la coexistencia de varios regímenes legales y no pueden estar limitados a aquellos aspectos de la ley que tienen evidentes efectos de género, sino ampliarse a toda la normatividad aplicable a la situación que se pretende transformar.

En referencia a la legislación ecuatoriana, es necesario indicar que el artículo 154, incisos tercero y cuarto, del Código del Trabajo establece que la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio, desde la fecha en que se

⁴⁴⁴ Alison Vásconez R., “Mujeres, trabajo y pobreza”, en Mercedes Prieto, edit., *Mujeres ecuatorianas. Entre las crisis y las oportunidades 1990-2204*, Quito, CONAMU – FLACSO – UNIFEM – UNFPA, 2005, pp. 270-273.

⁴⁴⁵ Julieta Lemaitre Ripoll, Ob. cit., pp. 246-262.

inicie el embarazo, particular que deberá ser justificado con la presentación del certificado médico otorgado por un/a profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y, a falta de éste, por otro/a facultativo/a. En caso de despido o desahucio, el Inspector del Trabajo deberá ordenar al empleador que pague a la trabajadora una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten.

Frente al reclamo de protección legal por parte de las trabajadoras, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador se mostró favorable a la tutela del trabajo de las mujeres, la protección de la maternidad y el amparo de la vida del ser que estaba por nacer. Tal fue el caso de una mujer que había prestado sus servicios, bajo la dependencia, en calidad de ejecutiva de ventas desde 1991. En febrero de 1996, intentó reintegrarse luego de su licencia por maternidad, no pudiendo hacerlo porque su jefe inmediato le comunicó que por disposición de la Gerencia General, la empresa prescindía de sus servicios a partir de esa fecha, aduciendo que debido a su embarazo había disminuido su eficiencia. La trabajadora presentó una demanda en contra del empleador, aduciendo que en esa fecha se encontraba todavía dentro de las diez semanas de descanso obligatorio que establecía la ley. Los recurrentes objetaron la sentencia de la sala de alzada afirmando que en ella existía una interpretación indebida de las normas de derecho constantes en el Código del Trabajo, alegando que la terminación de la relación laboral había ocurrido en forma posterior a la conclusión del descanso por maternidad y que la actora nunca informó a su empleador sobre su estado como era su obligación. La sala especializada llegó a la conclusión de que la parte empleadora conocía el estado de la actora, por lo que no podía dar por terminado el contrato de trabajo por este motivo, lo cual estaba consagrado tanto en la Constitución

como en el Código Laboral, que tutelan la maternidad y, por ende, protegen la vida tanto de la madre como la del que está por nacer, garantía fundamental de la supervivencia misma de la especie humana, en concordancia con numerosos pactos y declaraciones de Derechos Humanos. Por consiguiente, al haberse producido el rompimiento unilateral del vínculo de trabajo por la sola voluntad de la empleadora en el período de descanso post parto de la trabajadora, había lugar a la indemnización prevista en el artículo 154 del Código Laboral que además era acumulativa a las indemnizaciones generales establecidas para el caso del despido intempestivo, afirmando que:

[...]aquella protección no abarca solamente el embarazo propiamente dicho, es decir la época de gestación, sino que por lógica se extiende al descanso post-parto, ya que siguiendo las normas de interpretación jurídica consagradas en el Art. 18 Código Civil que es principal fuente supletoria del Código del Trabajo, para la comprensión de una norma se deberá tomarla en su contexto, de manera que guarde armonía con las demás, y en la especie, es lógico que si el legislador sólo hubiera querido proteger el período de gestación, no habría reconocido el derecho del Art. 152 ni hubiera establecido la prohibición y sanción de los Art. 153 y 154 en armonía con lo dispuesto en el Art. 174 N°3 que prohíbe expresamente al empleador dar por terminado el contrato con motivo de la ausencia de la trabajadora fundada en el descanso del citado Art. 153, ya que en ese supuesto estas últimas normas resultarían inútiles e innecesarias.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ N° 16-99 de mayo 6 de 1999, Mayorga vs. Empresa Ensa Editoriales Nacionales S.A., Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 1, septiembre-diciembre de 1999.

No obstante, las Salas de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia fueron coincidentes en afirmar que no procedía el pago de la indemnización por despido a la mujer embarazada durante el período de gestación si la trabajadora no había notificado a su patrono su estado de gravidez o si el empleador había llegado a tener conocimiento de esta circunstancia después de que se había producido el despido:

La norma legal en cuestión, por obvias razones, no prescribe que esta circunstancia se presuma, por ello determina que el requisito para que opere la protección en el trabajo de la mujer en estado de gestación, es la presentación de un certificado médico otorgado por un profesional del IESS, o a falta de éste por otro facultativo. Esta necesidad de conocimiento del empleador se trata de un requisito mínimo que tiende a preservar la eficacia de la protección, para que de esta forma él conozca los hechos y a base de ese conocimiento respete la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres en estado de gestación, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la disposición establecida en el Art. 154 inciso tercero del Código del Trabajo.⁴⁴⁷

A partir de una lectura excesivamente formalista de la norma, se llegó a la conclusión de que si no existía constancia de que se había informado al empleador que la trabajadora estaba embarazada o si la prueba de esta circunstancia se había dado después del despido, no era procedente mandar a pagar las indemnizaciones que establecía la ley por despido intempestivo.⁴⁴⁸ Tampoco procedía la indemnización por

⁴⁴⁷ No. 231-2005 de 16 de octubre 16 del 2006, Mejía vs. Centro Educativo Bilingüe Interamericano, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 324, Suplemento, 25 de abril de 2008.

⁴⁴⁸ No. 409-05 de 31 de enero del 2008, Alay vs. Distribuidora Salvatierra; No. 708-2006 de 12 de septiembre de 2007, Paredes vs. “Instituto Educativo Henri Becquerel”; No. 368 – 05 de 29 de julio de

despido si éste se producía cuando ya no estaba vigente la garantía de protección a mujer embarazada regulada en el artículo 152 del Código del Trabajo.⁴⁴⁹

Siendo uno solo el requisito que exigía la ley para proteger a la mujer embarazada de despido o desahucio: la justificación del estado de gravidez mediante certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y, a falta de éste, por otro facultativo, se valoraba como prueba plena las certificaciones que habían sido otorgadas en cualquiera de las dos situaciones señaladas.⁴⁵⁰ No obstante, en algunos casos en los que se comprobaba que por otros medios y con ciertas particularidades el empleador había llegado a conocer del estado de embarazo de la trabajadora, por ejemplo, con la denuncia ante el Inspector del Trabajo, la presentación de la renuncia por presión del demandado y, en general, porque las constancias procesales reflejaban que éste tuvo conocimiento de tal circunstancia, se aplicaba la garantía de protección a favor de la mujer embarazada.⁴⁵¹

Es necesario hacer mención al caso de una trabajadora que presentó ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia una demanda de carácter laboral en contra del Embajador de la República Árabe de Egipto, indicando que desde el 4 de enero de 1999 comenzó a prestar sus servicios en calidad de Secretaria de la Sección Consular de la Embajada en el Ecuador, siendo despedida intempestivamente el 15 de marzo de 2002, anotando que un día antes de tal hecho había comunicado que se encontraba embarazada. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, como juez de primer nivel, dictó sentencia declarando con lugar la demanda. El demandado inconforme con dicha

2008, *Becerra vs. Coop. de Transportes San Miguel de Ibarra*.

⁴⁴⁹ No. 334-2006 de 10 de enero de 2008, *Jiménez vs. LAAR Cía. Ltda.*

⁴⁵⁰ N° 406 – 2000 de 17 de enero de 2001, *Rodríguez vs. Diners Club del Ecuador SA.*; No. 218-2004 de 4 de noviembre de 2004, *Berru vs. Lloyds Bank*.

resolución apeló, radicándose la competencia en la Segunda Sala. El demandado fundamentó su recurso en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, argumentando que gozaba de inmunidad diplomática y por lo tanto no podía ser enjuiciado por asuntos de orden civil, penal, laboral o administrativo.

La respuesta de la sala especializada se basó en que la Constitución Política garantizaba la intangibilidad de los derechos de los trabajadores y reconocía que los derechos del trabajador eran irrenunciables, preceptos constitucionales que prevalecían sobre cualquier otra disposición legal del ordenamiento jurídico de la República. Luego de valorar la prueba presentada la sala consideró que se había justificado la relación laboral, que ésta había concluido por la voluntad unilateral del empleador, y que, por tanto, procedían las indemnizaciones correspondientes.⁴⁵²

Como se puede apreciar, las decisiones de los jueces ecuatorianos en torno a la aplicación de la norma referente a la obligación de la trabajadora de comunicar su estado de embarazo al empleador, se movieron en un plano excesivamente formalista, lejos de los importantes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales reseñados, de los cuales la doctrina y jurisprudencia española y colombiana son buenos ejemplos.

Otro de los temas de debate tiene que ver con “la vocación natural de las mujeres para el trabajo doméstico”. En efecto, los estudios feministas han denunciado que el empleo doméstico es uno de los ámbitos en el que con mayor frecuencia se generan condiciones de explotación para las mujeres. En el caso de América Latina, el trabajo en el servicio doméstico es una de las principales fuentes de ocupación de las mujeres,

⁴⁵¹ No. 191-2004 de 16 de febrero de 2005, Fierro vs. Almacén Confecciones Carrillo; No. 57-2005 de 28 de marzo de 2007, Campuzano vs. CIA. NEW YORKER S.A.

⁴⁵² No. 140-2003 de 9 de julio de 2003, Peralta vs. Embajador de la República de Egipto, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 219, 26 de noviembre de 2003.

muchas de las cuales provienen de minorías étnicas o están en condición de inmigrantes. La regulación de los países latinoamericanos en torno al servicio doméstico coloca a las mujeres en situación de evidente desventaja, perpetuando de esta manera los mecanismos de la dominación:

El trabajo en el servicio doméstico recibe, en la mayoría de las legislaciones de la región, un tratamiento excepcional, con estándares muy inferiores a la protección del “trabajo” en general. Las trabajadoras del servicio doméstico suelen quedar excluidas de la aplicación de regulaciones protectoras que comprenden beneficios como la limitación de la extensión de la jornada laborable, las vacaciones pagas, las licenciadas por enfermedad o los permisos maternales. En ocasiones, el régimen de indemnización en el caso de despido sin causa prevé una reducción del monto a indemnizar. En los casos del servicio doméstico sin retiro o de “puertas adentro”, la jornada de trabajo suele ser particularmente extensa; por su prolongación y la ausencia de períodos de descanso mínimos, raya en formas de esclavitud. Más aún, algunas legislaciones equiparan el trabajo en el servicio doméstico sin retiro a ciertas formas legales de servidumbre, cuando autorizan la paga con el solo alojamiento y la alimentación de la empleada. En otros ordenamientos jurídicos, la diferencia de estándares de protección se evidencia en la aceptación de un ámbito jurisdiccional distinto al judicial con estándares también más flexibles e informales.⁴⁵³

En el año de 1998 la Corte Constitucional de Colombia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la diferencia de trato establecida para las empleadas del servicio doméstico en el estatuto laboral colombiano. A través de una demanda de acción

⁴⁵³ Paola Bergallo y Natalia Gherardi, “Trabajo”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, pp. 245-246.

pública de inconstitucionalidad⁴⁵⁴ se solicitó que sea declarado inexecutable el artículo 162 del estatuto laboral colombiano, que excluía de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo a las trabajadoras del servicio doméstico. Es necesario recordar que en 1995 la Corte Constitucional había considerado que, por las características “propias” de esta modalidad de trabajo, era “razonable” la disposición del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo que excluía de la regulación sobre jornada máxima legal a los trabajadores del servicio doméstico.⁴⁵⁵

En esta ocasión la Corte consideró que era necesario conciliar la protección que la Constitución brindaba al núcleo familiar con las condiciones dignas y justas en que, de conformidad con la misma Carta Política, debía desarrollarse la actividad doméstica. A juicio de la Corte, una jornada laboral excesiva contradecía los principios de la dignidad humana y las condiciones justas en que debían ser cumplidas las tareas domésticas, tornándose indispensable fijar un límite al período de trabajo que excediera de la jornada máxima ordinaria, límite por fuera del cual se quebrantarían las garantías mínimas de la trabajadora. La Corte no declaró la inexecutable del artículo denunciado sino que condicionó su aplicación, debido a que si llegara a declararse la inexecutable, bajo estrictas condiciones de solidaridad y dignidad de la trabajadora, ello generaría desempleo y, eventualmente, la desaparición del trabajo doméstico. En opinión de la Corte lo razonable era que, en ningún caso, las trabajadoras del servicio doméstico laboren más de 10 horas diarias y, en el evento de que se requiriera el servicio más allá de tal límite, procedería el reconocimiento y pago de horas extras en

⁴⁵⁴ Sentencia C-372 de 1998 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁴⁵⁵ Sentencia C-051 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia.

los términos de la legislación laboral.⁴⁵⁶

En el ámbito ecuatoriano, son varios los casos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que muestran las condiciones de franca desventaja en que se realiza el trabajo doméstico, actividad ejecutada históricamente por mujeres, muchas de las cuales tienen con su empleador/a un vínculo de parentesco, provienen de grupos tradicionalmente marginados, o están en situación de movilidad. De la misma manera, el análisis de los fallos pone de manifiesto cómo se abandona una lectura formalista de los requisitos establecidos en la ley laboral para la existencia del contrato de trabajo y se avanza hacia una concepción material de la protección de los derechos de las mujeres trabajadoras.

Tres casos son expresión de una extendida práctica cultural sustentada en la creencia de que el trabajo doméstico ejecutado en la casi totalidad por mujeres es en realidad un “no-trabajo”. En el primero se analiza el reproche que realiza la empleadora contra la decisión de instancia, alegando que entre las partes no existió relación de trabajo, habida cuenta de que las vinculaba un parentesco en tercer grado de consanguinidad y, más aún, que la accionante había vivido bajo su amparo y protección desde su nacimiento. La sala especializada enfatizó que la prueba sufragada por la accionante para acreditar el nexo del trabajo era una prueba idónea y que el parentesco esgrimido era irrelevante, afirmando:

[...] este Juzgado pluripersonal luego de realizar el examen y confrontación pertinentes solventa la controversia estimando que no ha lugar en derecho a la oposición formulada, en razón de que la valoración de la prueba que ha efectuado la Sala de instancia

⁴⁵⁶ Paola Bergallo y Natalia Gherardi, Ob. cit., pp. 246-249.

está acorde a las reglas de la sana crítica y al hacerlo se ha evidenciado que independientemente del parentesco al que reiteradamente se refiere la demandada, ha existido efectivamente la vinculación de naturaleza laboral que se reconoce en dicha resolución.⁴⁵⁷

En el segundo caso, la sala se enfrentó a la necesidad de dilucidar si entre los litigantes: una mujer que prestó sus servicios personales en calidad de empleada doméstica en la casa y para la familia del accionado y este último, existió o no un contrato laboral sujeto al amparo del Código del Trabajo, cuando en numerosos fallos la Corte Suprema de Justicia había desestimado el reclamo de remuneraciones porque abarcaba todo el tiempo de servicios. En primera y segunda instancia se rechazó la demanda con fundamento en este criterio y en el hecho de que el contrato adolecía de nulidad por la incapacidad de la actora. Lo primero que la sala recordó era que en materia laboral, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 40 del Código del Trabajo, los motivos de nulidad de un contrato de trabajo solo podían ser alegados por el trabajador. Como en este proceso no constaba tal alegación formulada por la demandante, resultaba un despropósito jurídico sostener que el contrato adolecía de nulidad por la incapacidad de la actora. Alejándose del criterio que había sido reiterado por la Corte Suprema, afirmó:

En numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia, se ha desestimado el reclamo de remuneraciones, cuando éste abarca todo el tiempo de servicios, como así lo expresa el fallo del Tribunal de Apelación. El sustento del criterio en referencia es el de que resulta inverosímil que una persona pueda subsistir durante largo tiempo, sin tener el recurso

⁴⁵⁷ No. 298 – 2000 de 19 de septiembre de 2000, Enríquez vs. Enríquez, Corte Suprema de Justicia,

dinerario que deviene del cobro de la remuneración, para poder adquirir los bienes indispensables para la subsistencia. Mas resulta que en el caso en juzgamiento, dichos bienes fundamentales para sobrevivir, eran proporcionados por el demandado (alojamiento y comida), además de las pequeñas sumas que entregaba el mismo accionado a la actora, según ésta lo señala en su demanda. En consecuencia, en la especie sub júdice, sí es creíble la afirmación de falta de pago, tanto más que el accionado no ha demostrado el cumplimiento de ninguna de las obligaciones dinerarias que corresponden al empleador [...].⁴⁵⁸

La sala consideró que no se había cumplido con la obligación de prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos y que se había omitido la protección a la que están obligados los funcionarios judiciales, concluyendo que era admisible el recurso de casación interpuesto por la actora y ordenando que el demandado pague a la accionante lo siguiente:

[...] las remuneraciones mínimas vitales para trabajadores del servicio doméstico, que estuvieren vigentes entre 1970 y el 24 de febrero de 1999; las remuneraciones adicionales décimo tercera, décimo cuarta, décimo quinta y décimo sexta, en las épocas desde las que rigen entre 1970 y febrero 24 de 1999; las bonificaciones complementarias y compensaciones por incremento al costo de vida; las vacaciones anuales en el mismo período señalado y el fondo de reserva, a partir del año posterior al primero de los servicios, y, una pensión jubilar mensual con sus adicionales, que no podrá ser inferior al equivalente al salario mínimo vital para trabajadores en general. Además, deberá pagarse el triple de las

Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 218, 5 de diciembre de 2000.

⁴⁵⁸ No. 248 – 2000 de 12 de septiembre de 2000, Miranda vs. Soto, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 222, 12 de diciembre de 2000.

remuneraciones adeudadas del último trimestre, según el Art. 94 del Código del Trabajo y los intereses que corresponden según lo que ordena el Art. 611 del mismo código.⁴⁵⁹

El tercer caso involucra a una mujer que fue “traída” junto con su hija *para que prestara servicios domésticos “como sirvienta”* a una pareja de esposos, quienes interpusieron el recurso de casación, *alegando que entre ellos y la actora no hubo relación laboral* porque, al no existir remuneración, no se habían configurado todos los elementos requeridos para poder hablar de un contrato de trabajo. Citaron en apoyo de su alegato que varias resoluciones de las salas de lo laboral *así lo habían dispuesto. Sin embargo*, la sala rechazó el recurso por considerar que sí se habían configurado los tres elementos necesarios para poder declarar que hubo una relación laboral: prestación de servicios, dependencia y remuneración, los cuales habían sido probados a partir de las declaraciones de los demandados, quienes reconocieron que la actora pasaba todo el día en la librería de su propiedad y que vivía en su domicilio; y, de la demandante, quien declaró que:

[...] *vivía* “en Pedro Vicente Maldonado y el 26 de abril de 1998 la Sra. Martha María Machuca y el Sr. Francisco Aureliano Romero le trajeron a ella y a su hija a Quito para que les preste servicios domésticos, como sirvienta; que le ofrecieron pagar S/.300.000,00 sucres [...] porque ella era empleada doméstica; que frecuentemente viajaban a Pedro Vicente Maldonado porque sus patrones le llevaban y traían como sirvienta; que es verdad que le ayudaban a comprar medicinas de la nsña; que atendía a su niña y hermana, pero sin desatender sus obligaciones de sirvienta, que siempre ocupó su puesto de sirvienta

⁴⁵⁹ *Ibíd.*

y cuando les cobraba el sueldo le daban anticipos de 30 y 50 mil sucres” [...].

En efecto, ha sido frecuente en nuestra cultura “traer” del campo a la ciudad a mujeres solas o con sus hijos, adultas o jóvenes, para que se dediquen al “servicio doméstico” a cambio de que vivan en el domicilio del empleador y de algún tipo de “ayuda”. Familias, sobre todo de clase media y alta, por décadas, han contado con el trabajo “voluntario”, interminable e invisible de mujeres indígenas o del sector rural. Siendo una actividad desarrollada “puertas adentro”, ésta frecuentemente ha estado alejada de la protección legal, al punto de que fueron las propias Salas de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia las que sentaron jurisprudencia en el sentido de inadmitir reclamaciones laborales referidas a la remuneración de todo el tiempo de trabajo.

A continuación se estudian varias resoluciones referidas a los trabajos de cuidado desarrollados tradicionalmente por mujeres, donde su rol natural asociado al mundo privado de lo doméstico se extiende al mundo público. Dicha prolongación implica configurar una especie de apartado privado dentro del mundo público, al que se pretende despojar de las garantías constitucionales de las que goza el “verdadero trabajo”. Las diversas salas, como en los casos anteriores, se posicionan firmemente a favor de los derechos de las demandantes.

Se discutió, por ejemplo, la situación de una mujer que trabajó en una entidad bancaria como “contratista” realizando la limpieza de las oficinas del banco. El tribunal de alzada rechazó la demanda por considerar que no existió relación laboral entre la actora y los demandados, fundando su conclusión en el “contrato de prestación de servicios” celebrado entre los contendientes, en el que se hacía constar que dicho contrato era de naturaleza eminentemente civil, y al que le otorgó la calidad de prueba

plena. No obstante la sala de casación cuestionó la decisión del tribunal de segunda instancia en los siguientes términos:

Este Tribunal, en reiteradas oportunidades ha expresado en sus fallos, que los contratos escritos, que se presentan como medios de prueba, deben ser analizados ya en sus cláusulas, ya también frente a la realidad procesal; pues, en más de una ocasión se ha podido constatar el caso de empleadores que pretenden, mediante esta clase de documentos, soslayar hechos reales sobre la relación laboral. [...] Es verdad que debe tomarse en cuenta este contrato como un antecedente; pero, es preciso considerar otros hechos. En verdad, hay varias empresas que se dedican a la actividad de limpieza y mantenimiento de establecimientos industriales, comerciales, bancarios, etc. En ese caso, las personas que realizan la tarea manual de limpieza y mantenimiento, dependen de dicha empresa, que es la empleadora. En el caso presente, se trata de una persona natural a quien se le proporciona inclusive la maquinaria y equipos para su trabajo.⁴⁶⁰

También se analizó el caso de una mujer que prestó sus servicios en calidad de cocinera en los comisariatos de la Fuerza Terrestre. El tribunal de segunda instancia declaró la nulidad del proceso, aceptando la excepción de falta de competencia del juez en razón de la materia que había alegado el demandado. Sin embargo, la Segunda Sala de lo Laboral casó la sentencia dictada por el tribunal de alzada, aceptando que entre actora y demandado sí existió un vínculo de carácter laboral, considerando que la labor que había desempeñado la actora era un caso típico amparado por el derecho del trabajo, por tanto, los jueces de trabajo eran competentes para conocer la presente litis.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ No. 20-2004 de 21 de abril de 2004, Molina vs. Semanate y otros, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 465, 19 de noviembre de 2004.

⁴⁶¹ No. 63-2003 de 7 de mayo de 2003, Barahona vs. Comisariato Fuerza Terrestre, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 162, 4 de septiembre de 2003.

Dentro de lo que hemos denominado “trabajos de cuidado extendidos al mundo público” estuvieron también aquellas situaciones en las que ante la presentación de una demanda en contra de instituciones de salud públicas o privadas la defensa de los empleadores consistió fundamentalmente en atribuir a las trabajadoras-cuidadoras (auxiliares de enfermería) las características de autonomía e independencia de las que históricamente habían carecido. Por ejemplo, un médico demandado sostuvo que la actora había obtenido su autorización para que administrara inyecciones y sueros a sus pacientes, siendo éstos servicios por los cuales la actora cobraba directamente, sin que jamás haya tenido relación de dependencia con el demandado. Aquí se puede apreciar cómo desde el poder y el saber “oficiales” de la salud se pretende atribuir las características de suficiencia al trabajo de cuidado del paciente que históricamente fue configurado como un trabajo subalterno. En opinión de la sala:

Hay varias presunciones sobre la relación laboral, empezando porque en ninguna parte del proceso se ha negado que la actora laboraba en el consultorio. Lo que se ha sostenido, con una prueba insuficiente, es que laboraba por su propia cuenta y ella cobraba por sus trabajos, es decir, que su actividad no estaba sujeta a la dependencia del profesional que dirigía el centro médico. Sin embargo, este Tribunal estima que hay elementos que demuestran que la demandante trabajó bajo la dependencia del [médico] y que su contrato verbal de trabajo, está encuadrado en lo que dispone el artículo 8 del Código del Trabajo, que ha sido aplicado en estricto derecho por el inferior.⁴⁶²

Está claro que las tareas que cumplen las auxiliares de enfermería no se

⁴⁶² No. 257-2001 de 8 de noviembre de 2001, Yuquilema vs. Narváez, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 498, 21 de enero de 2002.

encuentran comprendidas dentro de la categoría de actividades profesionales. Incluso, la misma profesión de enfermería no ha sido desarrollada como una de las llamadas profesiones libres. Sus actividades tradicionalmente han estado sometidas a la dirección de otros profesionales de la salud, por lo tanto, era errado el argumento del demandado en el sentido de que la auxiliar de enfermería pudo haber efectuado cobros directos a “los pacientes del médico”.⁴⁶³

En otro caso se aprecia el mismo argumento de la “autonomía”, esta vez, en el ámbito público, siendo utilizado por parte del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, quien aseveraba que la demandante, una auxiliar de enfermería, no estuvo sujeta a las normas del Código del Trabajo, sino a las de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, razón por la cual al contestar la demanda opuso la excepción de incompetencia del juzgador a-quo. Con este argumento, el Director del IESS pretendió justificar por qué se excluyó uno de los componentes de la remuneración para el cálculo de la liquidación que le correspondía recibir a la actora por renuncia voluntaria, luego de haber trabajado para la institución durante 23 años, a fin de acogerse a los beneficios de la jubilación. Frente a esta cuestión, la sala puntualizó que:

[La actora], por haberse desempeñado como “Auxiliar de Enfermería” tuvo la calidad de servidora sujeta a las disposiciones del Código del Trabajo en razón de que en las actividades que cumplía preponderaba esencialmente su esfuerzo físico o manual, y el

⁴⁶³ En cuanto a los elementos que caracterizan a las profesiones liberales, fue criterio generalmente admitido por las distintas Salas de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia exigir la formación académica y verificar la inexistencia del elemento de la subordinación técnica respecto de quienes contratan los servicios de los/as profesionales. En efecto, a diferencia de la medicina, la actividad de las auxiliares de enfermería no se realiza con autonomía o propia dirección, de acuerdo con los conocimientos adquiridos durante la preparación universitaria, sino a partir de órdenes o instrucciones externas. Ver la Resolución No. 392 – 2000 de 19 de febrero de 2001, Cevallos vs. Clínica “Cristo Redentor”, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 324, 28 de mayo de 2001.

mandato o guía de sus superiores a diferencia de las profesiones libres como son las de los médicos, ingenieros, abogados, enfermeras, etc., en las que prepondera en razón de su formación científica y académica su esfuerzo intelectual. En consecuencia, carece totalmente de sustento jurídico el criterio que sobre este asunto ha expuesto el recurrente.⁴⁶⁴

La sala afirmó además que, frente a la actuación arbitraria y unilateral del IESS, la actora estuvo en su legítimo derecho de acudir a las instancias laborales correspondientes para demandar la restitución de su derecho violado, concordando de este modo con lo resuelto por los jueces de primera y segunda instancia, por ser un criterio apegado tanto a la Constitución como a la ley. Finalmente, señaló que, en lo concerniente a la pretensión de la parte accionada expuesta en el sentido de que la liquidación a la ex-trabajadora se hizo de acuerdo a los componentes, determinados por una resolución de la Comisión Interventora del IESS, tal aspiración carecía totalmente de base jurídica, ya que ni el indicado organismo no tenía facultad o atribución para oponerse a los dictados de la Constitución, de la ley y del contrato colectivo.⁴⁶⁵

En varias de las situaciones planteadas al juzgador se puede apreciar las condiciones de inequidad salarial en las que las auxiliares de enfermería desarrollan su trabajo. Tal fue el caso de una auxiliar de enfermería que reclamó la diferencia salarial entre el mínimo vital pagado y el fijado por las comisiones sectoriales de trabajadores para las ramas de centros de salud, clínicas, etc. La Segunda Sala de la Corte Suprema

⁴⁶⁴ N° 42-03 de 11 de marzo de 2003, Estévez vs. IESS, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 91, 28 de mayo de 2003.

⁴⁶⁵ También en otros fallos las Salas de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia reiteraron el criterio de que, por la clase de actividad desarrollada, no quedaba duda de que la auxiliar de enfermería era una trabajadora sometida a las normas del Código del Trabajo. Así: No. 90-2003 de 5 de junio de 2003, Marín vs. IESS; No. 141-2003 de 10 de julio de 2003, Tipán vs. IESS; No. 310-2002 de 4 de septiembre de 2003, Toledo vs. IESS; No. 185-2003 de 4 de septiembre de 2003, Mera vs. IESS; No. 150-2003 de 23 de octubre de 2003, Armendáriz vs. IESS; No. 180-2003 de 10 de septiembre de 2003, Gavilanes vs. IESS; No 214-2004 de 13 de septiembre de 2004, Valdez vs. IESS.

de Justicia consideró que, efectivamente, la sala de alzada había omitido el análisis de la prueba presentada por la actora, en torno a las diferencias salariales, diciendo: “Está probado que la actora ha desempeñado las funciones de Auxiliar de Enfermería, y constan los roles de pago de diversas etapas de trabajo, en donde se puede establecer que, en efecto, como sostiene la recurrente, no se han pagado los salarios mínimos fijados para trabajadores de la salud en diversos acuerdos ministeriales [...]. Tiene fundamento por lo mismo, el recurso formulado, y el Juez de primer nivel debe proceder a reliquidar las remuneraciones que debió percibir desde 1987 y las indemnizaciones y derechos, a base de los salarios mínimos que constan en los acuerdos ministeriales”.⁴⁶⁶

En otras ocasiones, el demandado se esforzó por demostrar que la actora no tenía el título de enfermera auxiliar, indispensable según él para que pudiera desarrollar su labor. La Segunda Sala de lo Laboral consideró que no era necesario un título académico para que la actora pudiera desempeñar esa función, ya que no existían normas que por ello le impidieran la ejecución de la actividad, tampoco había trabajado en labores ilícitas o ejercido una profesión al margen de la ley, afirmando que:

En consecuencia, de la prueba testimonial y otros elementos de juicio, se demuestra inequívocamente la existencia de relación laboral: pues la demandante, con escasa instrucción realizaba “varios servicios” tales como limpieza del consultorio, contestaba el teléfono, hacía citas con los pacientes. etc., configurándose así las características constantes en el Art. 8 del Código del Trabajo; por lo que se observa que el Tribunal de alzada, apreciando libremente y en conjunto la prueba de los hechos, de acuerdo a las reglas de la

⁴⁶⁶ N° 108-2002 de 19 de marzo de 2003, Cajape vs. Clínica Azuay, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 75, 6 de mayo de 2003.

sana crítica (Art. 119 Código de Procedimiento Civil, no ha incurrido en el vicio de errónea interpretación del Art. 8 del Código del Trabajo [...]).⁴⁶⁷

En este mismo sentido, la Primera Sala de lo Laboral revisó una sentencia referida a la demanda de una auxiliar de enfermería a quien se le comunicó la suspensión de sus labores por no reunir los requisitos para el puesto contratado, concluyendo que, si bien la actora había actuado de secretaria y no de auxiliar de enfermería, tal situación la asumió por disposición de la propia entidad demandada, por cuanto los funcionarios competentes, mediante acción de personal, habían resuelto asignarle dichas funciones “por convenir a la buena marcha de la institución”.⁴⁶⁸

Existen otras decisiones sobre trabajadores de cuidado desarrollados por mujeres en el mundo público bajo el “sistema de bonificación”. Es importante destacar que éste fue un sistema generalizado en varias instituciones públicas y aplicado a aquellas personas, fundamentalmente mujeres, que cumplían tareas de cuidado y educación de niños y niñas menores de seis años en centros de desarrollo infantil, centros de apoyo nutricional, educación inicial, programas para niños/as y adolescentes trabajadores/as y, como en el presente caso, labores vinculadas a dichos cuidados. Por ejemplo, la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia analizó el caso de una mujer que prestó sus servicios personales por el lapso de siete años en la Dirección Provincial de Educación Intercultural Bilingüe de Napo, realizando actividades de conserje y cocinera, cumpliendo un horario y cobrando por su trabajo una bonificación

⁴⁶⁷ No. 37-2002 de 18 de abril de 2002, Pillasagua vs. Rosero, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 624, 23 de julio de 2002.

⁴⁶⁸ No. 341-02 de 5 de marzo de 2003, Pineda vs. Ministerio de Salud, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 90, 27 de mayo del 2003. Un caso similar es analizado en la Resolución No. 346-2003 de 16 de diciembre de 2003, Castillo vs. Ministerio de Salud, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 341, 25 de mayo de 2004.

estipulada por el Ministerio de Educación. Dijo la sala que a nadie se le podía exigir servicios gratuitos, ni remunerados que no hubieran sido impuestos por la ley, salvo los casos de urgencia extraordinaria o de necesidad de inmediato auxilio. Fuera de esos casos nadie estaba obligado a trabajar sino mediante un contrato y la remuneración correspondiente, afirmando categóricamente que:

[...] “ningún trabajador puede recibir únicamente dádivas”. Es obligación del empleador pagar el sueldo o salario convenido, que en ningún caso puede ser inferior al mínimo legal y los beneficios de ley; [el] Ministerio de Educación, frente a la casacionista, no ha arbitrado procedimientos jurídicos oportunos, tendientes a aclarar la forma y el motivo de la entrega de la llamada “Bonificación”; y el acuerdo que obra de fojas 75, dictado por el Ministerio de Educación y Cultura, mediante el cual se establece el “sistema de bonificación” para el personal bilingüe que no dispone de nombramiento, contraviene disposiciones constitucionales y legales expresas. Por lo mismo, la Corte Superior de Justicia de Tena ha incurrido en errónea aplicación de los preceptos jurídicos relacionados a la valoración de la prueba, desconociendo principios jurídicos fundamentales.⁴⁶⁹

Con estos antecedentes, se dispuso que la empleadora pague a la actora los beneficios legales que no recibió, esto es, décimos tercero, cuarto, quinto y sexto sueldos, compensación salarial y bonificación complementaria, por todo el tiempo de servicios, es decir, desde octubre de 1990 hasta noviembre de 1997, el pago del último mes laborado y la diferencia que resultare de lo pagado mensualmente en forma de “bonificación” y el salario mínimo vital general. La trabajadora tenía derecho también a vacaciones anuales y a las indemnizaciones por despido intempestivo.

⁴⁶⁹ No. 211 – 2000 de 30 de agosto 30 de 2000, Avilés vs. Ministerio de Educación, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 211, 27 de noviembre de 2000.

Una situación análoga fue estudiada por la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero a diferencia del caso anterior, el tribunal de alzada sí había aceptado que entre la actora y el Instituto Nacional del Niño y la Familia (INNFA) existió una relación laboral. Se trataba de una mujer que fue designada como “madre comunitaria” por el Comité de Padres de Familia del Centro de Desarrollo Infantil “Estrellitas de la Vida” a través del “sistema de bonificación”.

Este sistema se construyó sobre la base de un supuesto: los “trabajos de cuidado” que eran realizados fundamentalmente por mujeres, como extensión de su rol “natural” de cuidado doméstico, no eran propiamente trabajo, por lo tanto, no debían estar sujetos a las normas del trabajo. Si quienes desempeñaban estas actividades (cuidado diario de niños y niñas menores de cinco años, educación inicial de niños y niñas de hasta seis años, apoyo nutricional, entre otras) no eran consideradas trabajadoras, entonces debía asignárseles una denominación diferente. De esta manera, para quienes estaban a cargo de estas tareas, se construyó unas denominaciones específicas, la principal fue la de “madres comunitarias”. La “selección” de estas personas aparecía como efectuada por comités de padres de familia y no como del INNFA. Como no se trataba de un trabajo propiamente dicho, no se podía hablar de remuneración, sino de una bonificación por el “voluntariado” realizado. Finalmente, para que no quedara ninguna duda, había que garantizar que este “voluntariado” sea declarado expresamente por la persona que entraba al sistema, mediante la suscripción de una “declaración de trabajo voluntario”, que tenía que ser reconocida ante notario público. Este sistema, impulsado como política social de un Estado con orientación neoliberal, significó, en la práctica, la legitimación de una concepción y de una práctica discriminatorias en contra de miles de mujeres de escasos recursos económicos y escasa instrucción que sostuvieron, con su

trabajo, y a costa de sus derechos laborales, programas públicos para niños, niñas y adolescentes.

En este contexto, el tribunal de alzada hizo un análisis de las pruebas presentadas, tanto instrumentales como testimoniales, llegando a la conclusión de que las mismas demostraban fehacientemente que la relación que la demandante mantuvo con el INNFA fue de Coordinadora Comunitaria de los Centros de Desarrollo Infantil y que no podía ser confundida como un voluntariado, estimando que se habían cumplido los presupuestos que establece el artículo 8 del Código del Trabajo, a pesar de que los demandados habían presentado varios instrumentos con el fin de debilitar las afirmaciones de la accionante.⁴⁷⁰

Históricamente, las mujeres han estado al frente de la prestación directa de todos los servicios básicos al conjunto de la población a través de los hogares (alimentación, cuidado de la salud, vestido, atención de viviendas, socialización inicial, etc.) servicios que se han extendido al mundo público con la idea de que no constituye un verdadero trabajo. Por ello, la pretensión de mantener a las mujeres en sus numerosos papeles sociales, sin que por ello se las descargue de las funciones tradicionales, conduce directamente a la doble jornada o a la jornada interminable. En la práctica, esto implica explotación y no debería enmascararse bajo el argumento de que se trata de una opción voluntaria.⁴⁷¹

Por lo expuesto, para hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y

⁴⁷⁰ No. 39-2003 de 12 de mayo de 2003, Vergara vs. Instituto Nacional del Niño y la Familia, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Quito, R. O. No. 161, 3 de septiembre de 2003.

⁴⁷¹ Ver el artículo de María Ángeles Durán, "Los derechos constitucionales de las amas de casa y los trabajadores autónomos", en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 502-505.

mujeres, una posible solución es la redistribución de funciones entre los dos géneros, aunque ello represente un cambio sumamente lento. También está la sustitución o complementación del trabajo doméstico no remunerado por servicios públicos y privados, siendo ésta una vía de cambio social, cuyo crecimiento es insuficiente para cubrir las necesidades de cuidados de la población con escasos recursos monetarios, especialmente la de edad avanzada. Los beneficios sociales no podrían limitarse a los/as trabajadores/as asalariados/as, y los poderes públicos tendrían que extender los beneficios sociales (disminución de la jornada, vacaciones, descansos, formación, promoción de centros adecuados, buenas condiciones higiénicas) al amplio colectivo de personas que se hacen cargo del cuidado de sus familiares insolventes (niños, ancianos, enfermos) sin recibir retribución por ello.

3.5. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia

3.5.1. La mujer a través de los Códigos Penales

Históricamente, los Códigos Penales habían establecido significativas diferencias de trato entre hombres y mujeres, reflejando y reproduciendo concepciones patriarcales⁴⁷², tal es el caso del privilegio atenuatorio en beneficio del marido que daba muerte a la esposa sorprendida en adulterio –prerrogativa que se hacía extensiva a los padres respecto de las hijas–. Otra discriminación en contra de la mujer era la regulación acerca del adulterio, que sólo era delito para la esposa pero no para el marido; la infidelidad conyugal del marido sólo era punible como amancebamiento.

⁴⁷² Cecilia Suay Hernández, “Las mujeres, la Constitución y las normas penales”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 595-621.

Dichas disposiciones protegían la potestad y el dominio del marido o de los padres sobre la esposa o hija y resguardaban el valor de la honestidad de la mujer. Otras normas penales pretendían proteger a las mujeres a costa de reducir sus posibilidades de actuación, insertándolas en el campo de la moralidad sexual dominante. Así sucedía con los delitos de estupro y raptó, supuestos en los que la mujer era el único sujeto amparado, no obstante, en realidad, la protección jurídico-penal estuvo dirigida a los hombres –esposos, padres o representantes legales–. En este sentido, se afirma que:

[...] habida cuenta que [...] la mujer era, formalmente, la destinataria de la defensa de la norma, cabría pensar que ésta había sido concebida para dispensarle un trato privilegiado frente al varón. Nada más lejos de la realidad. En los delitos de estupro y raptó, como en la mayoría de los delitos sexuales, no era propiamente la condición femenina la que focalizaba la atención legal, sino su exigida honestidad. Si tenemos en cuenta además que, secularmente, el honor sexual de las mujeres formaba parte integrante del honor familiar y que la titularidad del mismo correspondía a los varones, hacia éstos iba dirigida la protección jurídico-penal. La mujer sólo en cuanto objeto material de las conductas típicas era tomada en consideración. Si se atentaba contra su honestidad, ellas sufrían la acción pero los verdaderamente ofendidos por la misma, los auténticos titulares del objeto de protección, los sujetos pasivos del delito, eran los varones, esposos o padres, paladines de la honra familiar.⁴⁷³

Junto a las desigualdades sustantivas estaban también las de tipo procesal. Por ejemplo, los delitos contra la honestidad tenían carácter privado, pues para iniciar el

⁴⁷³ M^a Dolores Fernández Rodríguez, “Condición femenina y represión”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N^o XVI, Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico

proceso penal se requería denuncia de la persona agraviada, o bien de alguno de sus parientes masculinos. Incluso en los supuestos en que el estuprador o el raptor habían obrado con el consentimiento de la mujer, la persecución del hecho correspondía al cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador. No obstante, el procedimiento iniciado por alguno de ellos debía archivarse si mediaba el perdón expreso o presunto⁴⁷⁴ de la ofendida.

El tratamiento sobre la mujer en las legislaciones penales ha estado ligado a la concepción generalizada sobre su rol dentro de nuestras sociedades: ser destinado a la maternidad, víctima a la que hay que proteger y cuyo comportamiento debe tener la característica de la honestidad, tal como corresponde a su misión de madre, esposa e hija –no a su dignidad como ser humano–, pues su principal obligación es satisfacer los valores y necesidades sociales de “los otros”, es decir, de los/as hijos/as, de los esposos y de los padres.⁴⁷⁵

En el contexto latinoamericano, la década de los noventa se caracterizó por la acción de los movimientos feministas que exigían la adopción de una serie de reformas legales en el ámbito de la violencia contra las mujeres. Los países de la región suscribieron la Convención de Belén do Pará, eliminaron varias disposiciones discriminatorias de sus códigos penales, promovieron el aumento de las penas para los delitos sexuales e impulsaron la adopción de leyes contra la violencia doméstica. En este sentido, se afirma:

da Universidade de Santiago de Compostela, 1993, pp. 19-20.

⁴⁷⁴ Que se presumía por el matrimonio de la ofendida con el ofensor.

⁴⁷⁵ Gladys Acosta Vargas, *La mujer en los Códigos Penales de América Latina y El Caribe Hispano*,

Es con reformas como las de penalización de la violencia doméstica o la violación conyugal y en general los abusos sexuales a los que se ven sometidas diariamente las mujeres en todo el mundo, que empiezan a vislumbrarse nuevas posibilidades para el ejercicio y vigencia de sus derechos. La violencia de género ha sido la forma concreta en que los varones han controlado y subordinado a las mujeres y constituye un atentado tanto a la autodeterminación corporal y a la libertad sexual como a la integridad física y psíquica de las mujeres [...] ⁴⁷⁶

Por ello es que las acciones frente a la violencia –y su legitimación tácita en la cultura dominante– fueron planteadas en el marco de la lucha global por la liberación femenina. Se enfatizó que la violencia física, psicológica y sexual que se ejerce en contra de las mujeres es una grave violación de los derechos humanos, lo cual permitió establecer la responsabilidad del Estado como garante de los derechos de las mujeres a la igualdad y no discriminación, a la dignidad y a una vida libre de violencia ⁴⁷⁷.

En este sentido, en términos generales, se consideran logros de las reformas impulsadas en la región los siguientes: la transformación del bien jurídico tutelado en los delitos de violencia sexual, abandonando concepciones centradas en la moralidad por la libertad sexual, la integridad física, psíquica o sexual, y la formación o desarrollo de la sexualidad; la ampliación del tipo penal de violación para incluir conductas diferentes al coito; la eliminación de la exención de la pena

Quito, UNIFEM / UNICEF, 1996, p. 13.

⁴⁷⁶ Lorena Frías, “Sexualidad y reproducción, una legislación para el control: el caso Chileno”, en: Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, p. 704.

⁴⁷⁷ Julieta Lemaitre, “Violencia”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University

por matrimonio posterior; el reconocimiento explícito de que la violación sexual dentro del matrimonio también es un delito; la eliminación de la referencia a la “mujer honesta” en la descripción del sujeto pasivo del delito; la introducción de las relaciones de poder, dependencia o parentesco como agravantes; la designación de la violación como delito de acción pública eliminando el requisito de la denuncia o querrela de la víctima para que proceda la investigación del mismo, entre otros.⁴⁷⁸

Ciertamente, en muchos casos, las legislaciones penales de los países latinoamericanos no cumplían con las aspiraciones de los mandatos internacionales vigentes y de los contenidos constitucionales de carácter nacional. Muchas de las normas penales ubicaban a las mujeres en condiciones de desigualdad; desconocían su condición de víctima, a favor de la protección de otros “bienes jurídicos”, como la honra, las buenas costumbres, etc.; o vulneraban su capacidad y derecho de decisión. Pero a pesar de las reformas introducidas, el principio de igualdad jurídica de hombres y mujeres no fue recogido cabalmente por las normas de derecho positivo latinoamericanas. Así, en la clasificación actual de los tipos penales existe una mezcla de viejos y nuevos criterios, pues algunos tipos se siguen catalogando bajo los enunciados de delitos contra la moral, el orden familiar, las buenas costumbres, la honestidad, el honor el decoro, o delitos de escándalo público. En este sentido, se viene afirmando que:

Por lo que se refiere a las mujeres, debe pasarse de marcos jurídico-normativos que ahora las subordinan y las confinan a un determinado rol social –que las limitan a las

Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, pp. 549-552.

funciones domésticas–, a otros que las reconozcan como sujetos autónomos capaces de tomar decisiones respecto de sus vidas, así como de participar activa e igualitariamente en los espacios sociales y políticos. De no hacerse así, los cambios parciales que se sigan haciendo a una u otra norma –como hasta ahora ha venido sucediendo esporádicamente en respuesta a las presiones de los grupos de mujeres–, si bien serán muy útiles, no llevarán a la tutela cabal del derecho a la igualdad [...] ⁴⁷⁹

Sin desmerecer la crítica que se ha formulado al Derecho Penal sobre la existencia de normas que contienen un trato diferenciado y discriminatorio para las mujeres, desde otras posiciones feministas ⁴⁸⁰ se considera que este cuestionamiento conlleva el peligro de creer que, eliminadas las leyes que establecen un trato abiertamente discriminatorio, desaparece el sexismo en el Derecho Penal. Se propone, entonces, prestar atención a los mensajes que formula el Derecho Penal, porque al incorporar determinadas ideas no sólo las reproduce sino que las legitima. En efecto, las normas del Derecho Penal reflejan las concepciones sociales que existen respecto de los comportamientos esperados y de los espacios asignados a cada sexo. Las mujeres, por ejemplo, han sido tuteladas en relación con el orden familiar y la maternidad:

Las mujeres son vistas como esposas, madres, hermanas, descendientes, es decir, como componentes de la familia en su rol dependiente. Asimismo, vemos que el

⁴⁷⁸ Julieta Lemaitre, Ob. cit., pp. 582-583.

⁴⁷⁹ Laura Salinas Beristán, *Derecho, género e infancia. Mujeres, niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / Universidad Autónoma Metropolitana / UNICEF / UNIFEM, 2002, p. 21.

⁴⁸⁰ Ver, por ejemplo, Elena Larrauri, “Una crítica feminista al Derecho penal”, en *Mujer, Derecho y*

término *mujer* es utilizado en relación con el embarazo, el parto, es decir, con la mujer considerada en su rol de madre. Éste es el estereotipo de rol femenino. Maternidad, sexualidad y dependencia son las características de la mujer como objeto de represión y/o tutela.⁴⁸¹

Como hemos venido afirmando, los códigos penales han definido como objeto de tutela penal a la “mujer honesta”. Ciertamente que, para la doctrina jurídica, el concepto de honestidad ha hecho alusión de manera exclusiva a la sexualidad de la mujer⁴⁸², entendiendo que la honestidad está vinculada a la inexperiencia sexual. De esta manera, la “moral” de la mujer ha sido puesta en el centro de la cuestión, sin perjuicio de la conducta del autor. Se asevera que:

No se trata de proteger la integridad de física y la libertad de decisión de las mujeres en torno a lo sexual sino de proteger un valor moral que trasciende a la mujer. El acto no es considerado reprochable porque ha sometido a la víctima, contra su voluntad, a una agresión sexual –es decir, porque ha provocado un daño grave a un ser humano– sino, en todo caso, porque se ha visto afectado algún valor moral que trasciende a la (mujer) víctima concreta. Adicionalmente, la referencia a la “honestidad” representa un intento de dejar sin protección a ciertas víctimas: las mujeres “deshonestas”.⁴⁸³

Sociedad, Sevilla, Fundación El Monte, 1996, pp. 47-62.

⁴⁸¹ Lucila Larrandart, “Control social, derecho penal y género”, en Haydeé Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, p. 100.

⁴⁸² Graciela Edit Otano, “La mujer y el derecho penal. Una mirada de género”, en Haydeé Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, pp. 119-120.

⁴⁸³ Alberto Bovino, “Delitos sexuales y justicia penal”, en Haydeé Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, p. 187.

Pero los dispositivos de control del Derecho Penal se entrecruzan con otros de carácter informal que se ejercen sobre las mujeres en su vida cotidiana. Se trata de una serie de respuestas negativas frente a comportamientos que no cumplen las expectativas de comportamiento asignadas a las mujeres.⁴⁸⁴

En efecto, las mujeres han experimentado el control doméstico ejercido por sus maridos, siendo su máxima expresión la violencia doméstica. Históricamente, los Códigos Civiles establecieron un deber de obediencia de la mujer respecto del marido que instituía un verdadero derecho de corrección por parte de éste. A esto debe añadirse la tradicional resistencia de la policía y del poder judicial para proteger a la mujer de la violencia doméstica, emitiendo el mensaje de que la violencia “privada” no era lo suficientemente importante como para ser tomada en serio. Por otra parte, en la esfera laboral, las mujeres han tenido que afrontar la problemática específica del acoso sexual que produce, entre otras consecuencias perjudiciales, una restricción general en los comportamientos de las mujeres. Otro ámbito problemático para las mujeres ha sido el denominado “control público difuso” que limita su acceso al trabajo remunerado, a las asambleas parlamentarias, etc., porque estarían invadiendo un ámbito que no les corresponde. Las mujeres sufren un obstáculo adicional para acceder a lugares públicos en general debido al temor de ser víctimas de agresiones sexuales. Finalmente, un mecanismo que limita el comportamiento de las mujeres es la construcción social de la reputación, a través del cual se controla el poder de definir las como “buenas” o “malas”, sobre todo, a través de su comportamiento sexual, así, la mujer debe ser honrada, no

⁴⁸⁴ Elena Larrauri, “Control informal: Las penas de las mujeres”, en Elena Larrauri, comp., *Mujeres*,

puede llevar una “vida licenciosa”, debe tener una “buena reputación”.⁴⁸⁵

En el análisis de las formas de control social también se destaca el papel que desempeña el Estado. El Estado lleva a cabo este control a través de los servicios de asistencia social, servicios de salud mental de base comunitaria, programas de distribución de alimentos, seguridad social, asistencia sanitaria, así como otros programas de carácter social financiados por el gobierno. Aquí, las mujeres continúan siendo penalizadas por la violación de los roles sexuales tradicionales, a través de diversos medios, menos visibles, pero más amplios y más eficaces, sustentados en criterios de clase y raza. Por ejemplo, el recurso a la asistencia social combinado con el menor nivel de ingresos de las mujeres y la limitada aceptación social de las madres solteras, son factores que reducen la autonomía de la mujer respecto de la familia y limitan sus posibilidades de elección sobre su propia vida. De esta manera, diversos mecanismos de control formal e informal ejercidos sobre las mujeres, contribuyen a reproducir y perpetuar las concepciones tradicionales sobre la naturaleza y el papel de las mujeres y asegurar el mantenimiento de su dependencia.⁴⁸⁶

3.5.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador frente a los delitos sexuales

Las prácticas jurídicas a través de las cuales se define la calidad de víctima de ciertas personas⁴⁸⁷ se ha caracterizado por desatender los intereses concretos de las

derecho y criminología, Madrid, Siglo XXI de España Editores, S. A., 1994, pp. 1-9.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ Nanette J. Davis y Karlene Faith, “Las mujeres y el estado: modelos de control social en transformación”, en Elena Larrauri, comp., *Mujeres, derecho y criminología*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, S. A., 1994, pp. 112-117.

⁴⁸⁷ Inma Valeije sostiene que el empleo del término “víctima” desplaza una concepción de la violencia

mujeres que han sufrido una agresión sexual. En efecto, la mujer ha sido re-victimizada en la obtención de pruebas, con los argumentos utilizados por la defensa del imputado, y a través de decisiones judiciales que traducen un conjunto de prejuicios en su contra. La mujer ha sido presentada como “provocadora”, “libertina”, “portadora de hábitos sexuales promiscuos”, o como “quien no ofreció una verdadera resistencia”. Por ello, se dice que el Derecho Penal no constituye una vía idónea para proteger los derechos de las mujeres frente a las agresiones de carácter sexual:

El derecho penal represivo y autoritario, especialmente en el marco de las agresiones sexuales, no opera de ningún modo como mecanismo de protección de la integridad y libertad sexual de las mujeres. Los partidarios de las respuestas estrictamente represivas, en consecuencia, no pueden exigir nada a estas víctimas, al menos hasta que logren garantizar que el desarrollo formal de la persecución penal no causará mayores daños a quien ya ha sufrido demasiado. Y aun en ese caso, debe respetarse, siempre, la voluntad de la persona que ha sido agredida sexualmente [...]⁴⁸⁸

En el caso de los delitos sexuales, la justicia penal se ha caracterizado por no asignar el status de víctima a la gran mayoría de mujeres que han sufrido una agresión sexual, por ejemplo, cuando ha elaborado conceptos que no parten de la realidad social, cuando en la definición e interpretación de determinadas figuras típicas el

sexual como un síntoma de opresión, como un problema estructural derivado de la construcción social y de los roles asignados en función del sexo, a una concepción de la violencia sexual concebida como una situación o daño individual. De acuerdo con Valeije, el concepto de victimización como daño individual oculta la responsabilidad social en la reproducción de estructuras que enraízan la violencia. Ver su obra: “La víctima en los delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° XXII, Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, 2000, pp. 314-332.

significado atribuido al bien jurídico protegido no refleja la experiencia de las víctimas, o cuando de manera sistemática garantiza impunidad a los agresores. De esta manera:

[...] la víctima femenina del delito sufre una añadida victimización que tiene su origen en el propio sistema legal. Ya sea por la incomprensión o maltrato del personal policial o judicial, ya sea por la dilación del proceso, o por la actitud belicosa del abogado defensor que, sobre todo en delitos sexuales y de malos tratos, mediante tácticas de neutralización acaba acusando a la víctima de agente provocador [...] el sistema penal no sólo propicia la victimización secundaria sino también la terciaria y, en determinados supuestos, el Derecho Penal inicia ya su papel victimizante con el propio proceso tipificador.⁴⁸⁹

La prueba suele ser uno de los mayores problemas en el juzgamiento de los delitos contra la libertad sexual, sobre todo, cuando la víctima no denuncia inmediatamente. En el campo de la prueba la línea que divide el contexto de descubrimiento del contexto de justificación es muy tenue. Tal es el caso de determinados puntos de vista de los jueces que, a pesar de integrar el contexto de descubrimiento, forman parte de las razones para exculpar la responsabilidad al inculpado, así:

⁴⁸⁸ Alberto Bovino, Ob. cit., p. 208.

⁴⁸⁹ M^a Dolores Fernández Rodríguez, “Condición femenina y represión”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N^o XVI, Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1993, pp. 10-11.

[...] el juez evalúa negativamente el hecho de que la víctima no denuncia inmediatamente la violación [...] Estas apreciaciones ignoran que sólo un reducido porcentaje de violaciones son denunciadas, que aquellas víctimas que deciden denunciar deben vencer previamente el miedo y la vergüenza, y que por último, mientras la acción penal no prescriba, el derecho a denunciar está expedito. Vale destacar que el hecho de que el comportamiento de [la víctima] difiera de la conducta que el juez espera de una víctima de violencia sexual, según su ideología, se convierte en un elemento en su contra [...] Al no seguir los patrones esperados, de víctimas se convierten en sospechosas.⁴⁹⁰

El hecho de que la mujer retire su denuncia es una respuesta comprensible frente a la forma como está estructurado el sistema penal. El proceso penal no debería verse como un objetivo en sí mismo, ya que la mujer lo usa como un medio más para transformar su entorno de violencia. Diversas investigaciones muestran que, en ocasiones, la situación de la mujer cambia con la sola amenaza del proceso, lo cual, por sí solo, constituye un avance para la mujer:

No pretendo afirmar que la situación de la mujer que interrumpe el proceso penal mejore necesariamente de forma definitiva, pero sí quiero enfatizar que es la mujer quien debe convencerse de qué vía es la más adecuada para cambiar definitivamente su situación. Antes de llegar a esta convicción es lógico que ensaye diversas alternativas y estrategias [...] En este proceso de cambio, el sistema penal y sus profesionales deben ayudarla en su objetivo de desarrollar una vida segura, no descalificándola por sus titubeos, pues romper una relación o convivencia requiere mucho esfuerzo personal, por

⁴⁹⁰ Rocío Villanueva Flores, “Análisis del Derecho y perspectiva de género”, en *Sobre Género, Derecho y discriminación*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú / Defensoría del Pueblo, 1999, p. 44.

los vínculos pasados y por las incertidumbres del futuro [...] ⁴⁹¹

La prueba del consentimiento es uno de los problemas centrales en los juicios por agresiones sexuales cometidas en contra de mujeres. Aunque paulatinamente se ha llegado a considerar irrelevante la prueba relativa al pasado sexual de la víctima o se ha declarado que dicha prueba vulnera el derecho a la intimidad, uno de los debates más intensos se ha dado respecto de la experiencia sexual de la víctima con miras a determinar si hubo o no consentimiento. La tendencia del sistema penal ha sido confiar en la palabra del agresor y poner en tela de duda el testimonio de la víctima, sobre todo, cuando no existen pruebas adicionales a ese testimonio:

[...]Esto es muy frecuente por la dificultad de probar la fuerza en la violación, y hace que sólo se judicialicen con fluidez los casos en los que además de falta de consentimiento hay una severa violencia física y un peritaje que lo demuestra. Si la fuerza fue moral, o si no dejó secuelas físicas, entonces la defensa alega que hubo consentimiento aunque la víctima lo niega. El sistema penal ha tendido a confiar en la palabra del agresor, y a dudar de la de la víctima. ⁴⁹²

Otro de los problemas más comunes que enfrentan las mujeres es la apreciación que hacen los jueces del examen médico legal, sobre todo, cuando no aparecen lesiones físicas o éstas son mínimas. Tradicionalmente, la ausencia de

⁴⁹¹ Elena Larrauri, “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Ciencias Penales*, N° 22, San José, 2004, p. 8.

⁴⁹² Julieta Lemaitre, Ob. cit. p. 581.

lesiones ha justificado la duda sobre la existencia de la fuerza y por consiguiente del consentimiento, más aún cuando el acusado sostiene que la relación fue consensuada. El medio de prueba más frecuentemente considerado por los jueces en la violación sigue siendo el informe médico-legal, que acredita sobre la existencia de desfloración, la existencia de líquido seminal en el cuerpo o en las prendas de vestir de la mujer y de otro tipo de lesiones que otorgarían mayor credibilidad a la víctima frente al juez:

El informe médico gineco-obstétrico sitúa como parámetro de existencia de la violación la ruptura reciente del himen. Sin embargo, a menos que se acompañen lesiones que den cuenta de la resistencia que opuso la víctima frente a su agresor, no podrá concluirse que la violación existió, aun cuando existan restos de semen en la vagina de la víctima. Si no hay señal de lesiones, y si la víctima ha tenido una vida sexual activa anterior al delito queda virtualmente descalificada como sujeto pasivo idóneo. Así con relación a la prueba de la “pureza” de la mujer, el juez puede o no considerarla dependiendo del nivel de lesiones que se puedan constatar. No obstante, una vez perdido el himen aumentan los grados de impunidad del varón frente a los hechos que le sean imputados. Un 90% de los casos que se someten al conocimiento de los tribunales son sobreseídos o absueltos producto de esta situación.⁴⁹³

Por ello, frente a un determinado avance legislativo será necesario vigilar que su aplicación-interpretación no tenga un resultado discriminatorio para las mujeres. Uno de los cambios legislativos requeridos es el relativo al bien jurídico protegido. Se considera

⁴⁹³ Lorena Frías, “Sexualidad y reproducción, una legislación para el control: el caso Chileno”, en: Alda

que optar por la libertad sexual como bien jurídico sitúa los atentados a dicha libertad en el campo del consentimiento, consecuentemente, la prueba está orientada a la aptitud o voluntad para el ejercicio de la sexualidad. Mientras que si el bien jurídico protegido fuera la integridad física, psicológica y sexual, sería el deterioro en esos ámbitos el que configuraría el delito. Como se puede apreciar, la preferencia por un bien jurídico no sólo marca las opciones ideológicas de una sociedad sino que obliga a analizar el impacto que tiene en el quehacer judicial.⁴⁹⁴

Por otra parte, se destacan los problemas de calificación que surgen cuando hay dudas sobre si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma. Tal es el caso de la apreciación judicial de los delitos de violación sexual contra mayores de 14 años. Según algunos operadores de justicia para ser víctima del delito de violación hay que ser menor de 14 años, de lo contrario, el delito a investigar será el de seducción. Probablemente, detrás de esta tendencia está la creencia de que las mujeres mayores de 14 años “contribuyen” a la comisión del delito.⁴⁹⁵

Finalmente, también se suscitan problemas cuando personas menores de edad que son víctimas de delitos contra la libertad sexual no pueden acudir al acto de juicio oral. En tales supuestos, pese a que existan otros testigos indirectos tales como familiares a quienes las personas menores de edad relataron el hecho o que observaron aspectos relacionados con el mismo, así como la concurrencia de peritos especializados que han

Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, p. 697.

⁴⁹⁴ Lorena Frías, Ob. cit., p. 705.

⁴⁹⁵ Rocío Villanueva Flores, Ob. cit., pp. 45-47.

explorado la situación y puedan aportar sus manifestaciones al acto de juicio, el resultado es la impunidad para el agresor. Frecuentemente, se rechaza la aplicación del conjunto de pruebas indiciarias como fórmula para la consecución de una sentencia condenatoria, lo que da como resultado la impunidad de los agresores.⁴⁹⁶

En la presente sección se analiza el rol de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador frente a los delitos sexuales. Se destaca cómo es posible encontrar decisiones que promueven la reproducción de imaginarios sociales patriarcales. Se muestra cómo el proceso penal se convierte en un mecanismo a través del cual se refuerza el control social ejercido sobre la víctima. Se aborda también la manera en que las resoluciones judiciales favorecen la construcción de determinadas víctimas y de determinados delincuentes.

Las discusiones de los jueces en el ámbito de los delitos sexuales giran sobre diversos tópicos, algunas veces más hacia aspectos conceptuales y en otras ocasiones más hacia cuestiones de tipo procedimental. No obstante, en el fondo del debate siempre es posible descubrir determinadas concepciones sobre la justicia, la ciudadanía y el ejercicio de derechos que son las que guían la actividad judicial.

Uno de los temas más recurrentes, particularmente respecto del delito de violación, se desarrolla en torno al concepto de acceso carnal. En unos casos las discusiones de los jueces se apoyan en forma explícita en criterios doctrinales que no están exentas de dificultades a la hora de establecer diferencias entre los términos “acceso” y “penetración”. Pero la mayoría de las veces, sin hacer referencia expresa a

⁴⁹⁶ Laura Padilla Varela, “Delitos contra la libertad sexual”, en M^a José Varela Portela, coord., *Mujer y Justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2002, p. 57.

desarrollos doctrinales, los jueces exteriorizan su concepción sobre lo que debe entenderse por acceso carnal al momento de valorar los informes médico-legales, calificar la idoneidad del testimonio de la víctima, evaluar las circunstancias que rodean al acto, asignarle nombre al hecho delictivo que se juzga, e imponer la sanción correspondiente. Frecuentemente, el debate omite la reflexión en torno al poder, a su ejercicio, así como a la asignación ideológica de atributos, roles y espacios diferenciados para hombres y mujeres, niños, niñas y adolescentes. A menudo el análisis se aleja de los contextos sociales, históricos y culturales particulares en los que están inmersos los sujetos. Y muy pocas veces esta discusión parte de la perspectiva de las víctimas y de sus derechos.

Por ejemplo, la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia discutió qué se debía entender por acceso carnal a partir de la existencia de dos posturas doctrinarias.⁴⁹⁷ La adscripción a cada una de ellas incidió de manera divergente en la calificación del hecho y la consideración de la pena. De este modo, el fallo de mayoría confirmó la pena modificada de seis años de reclusión menor ordinaria impuesta por el tribunal inferior al acusado por el delito de violación, mientras que el fallo de minoría se inclinó por tipificar la infracción como tentativa de violación, e imponer al acusado la pena de cuatro años de reclusión menor ordinaria.

La sentencia recogió el razonamiento del Tribunal Penal de acuerdo con el cual, para determinar la existencia de la infracción, era necesario partir de la misma definición que contiene la ley sobre la violación, al utilizar la expresión “acceso carnal” y, remitiéndose a lo que la Corte Suprema había dicho en varios fallos que definían el

⁴⁹⁷ Resolución N° 84-99 del 1 de marzo de 1999, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal,

acceso carnal señaló lo siguiente:

Entendiéndose por acceso la acción de llegar, de acercarse, también la cópula o ayuntamiento carnal. Las dos acepciones del vocablo llevan a cierta inicial confusión, pues, no es lo mismo el mero acercamiento de los órganos sexuales, que la cópula carnal plena, pero téngase presente que el verbo copular se define por la autoridad idiomática, como el unirse o juntarse carnalmente. La doctrina encuentra a su vez, dificultad obvia, en determinar en qué consiste el “acceso” en los delitos sexuales y se dividen en dos corrientes: la primera señalando que se configura y existe violación por el solo acercamiento de los órganos genitales; y, la segunda que reconoce que hay acceso carnal, por penetración del miembro viril así fuere incompleta, en la vagina [...].

De acuerdo con el Tribunal Penal, el acceso carnal en el sentido más “técnico”, que considera a la mera aproximación de los órganos genitales como elemento constitutivo de la violación, se había probado con el informe médico legal que señalaba lesiones en el área genital, zonas equimóticas y laceraciones recientes. La sala aceptó el análisis del Tribunal Penal y concluyó que efectivamente existió el delito de violación, pues, si bien no se había dado la penetración del miembro viril en la vagina, el acceso del ofensor laceró en dos zonas la membrana del himen. Por el contrario, para el voto salvado, habiendo sido reformado el artículo 512 del Código Penal por el Congreso Nacional, era indiscutible que “dejó de ser punible como violación el mero acceso carnal de dos personas de uno u otro sexo, cuando no haya penetrado el pene”, afirmando que:

Quito, Gaceta Judicial No. 15, Serie XVI, mayo-agosto de 1999.

[...] de acuerdo al artículo 512 del Código Penal vigente entonces, la violación consistía en el acceso carnal a una persona menor de doce años, o privada de razón, o imposibilitada de resistir, o cuando se usare fuerza o intimidación. No era necesario, según tal disposición, que exista penetración del miembro viril en la vagina de la mujer para que se signifique el delito de violación, pues según la norma positiva, la doctrina y la jurisprudencia, bastaba el contacto íntimo de dos personas buscando al menos una de ellas satisfacción sexual, o la mera aproximación de los órganos genitales –según términos usados por el Tribunal Penal en su sentencia-, para que exista la infracción penal, si desde luego concurrían las circunstancias determinadas en los tres ordinales del artículo 512 del Código Penal. Pero el Congreso Nacional, mediante Ley publicada en el Registro Oficial número 365 de 21 de julio de 1998, reformó el tantas veces mencionado artículo 512 del Código Penal, que desde entonces tipifica como violación: el acceso carnal, cuando exista introducción del pene en la persona de uno u otro sexo.

A partir de este razonamiento, el voto salvado concluyó que el procesado no podía ser condenado por violación. Sin embargo, habiendo practicado “actos idóneos conducentes de modo inequívoco al acceso carnal, con introducción de su miembro viril, en perjuicio de una menor de 12 años, acción que no se consumó”, el infractor debía ser responsabilizado del delito de tentativa de violación.

Ante la afirmación del infractor en el sentido de “que no hubo introducción del miembro viril, sino máximo una aproximación”, la Segunda Sala de lo Penal reafirmó el criterio de que no es de la naturaleza de la violación el que ésta se produzca únicamente cuando hay un desgarramiento himeneal, porque la esencia del delito es el acceso carnal

parcial o total en cualquiera de las circunstancias que constituyen el elemento objetivo del tipo penal, descrito en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 512 del Código Penal.⁴⁹⁸

Esta controversia se revelará continuamente en el examen de los casos concretos sometidos a examen por parte del tribunal inferior, en el criterio del Ministerio Público, así como en el análisis que efectúen las distintas salas de la Corte Suprema de Justicia cuando llegan a conocer los recursos de casación.

Los razonamientos de los operadores jurídicos sobre las circunstancias que rodean al hecho que están juzgando, merecen un interés particular, pues más allá de los parámetros estrictamente “técnicos”⁴⁹⁹ que puedan adoptar para atenuar o agravar la pena, son indicativos de los imaginarios que los actores sociales construyen y reproducen respecto del delito en general, los delitos sexuales en particular, así como las víctimas y los victimarios. Por ejemplo, se discutió si la minoría de edad de la víctima debía ser considerada como una circunstancia agravante o si, por el contrario, debía ser considerada como una circunstancia constitutiva de la infracción y aplicarse atenuantes a favor del imputado. La Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de mayoría, acogió el criterio del Tribunal Penal que, sin considerar circunstancias que atenúen la pena en atención a la edad de víctima (seis años), impuso al acusado la pena de tres años de reclusión menor, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 506 del Código Penal que tipifica el atentado contra el pudor.⁵⁰⁰ El fallo de minoría, por el contrario, considerando que la edad de la agraviada era un elemento de la infracción,

⁴⁹⁸ Resolución No. 164-04 de 10 de marzo de 2004, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 473 de 1 de diciembre de 2004.

⁴⁹⁹ Que siempre comportan una concepción política sobre la justicia y el papel del operador jurídico en su materialización.

⁵⁰⁰ Resolución N° 80-99 de 15 de marzo de 1999, Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 15, Quito, mayo-agosto de 1999.

concluyó que la condena que debía imponerse al sindicato era de dos años de prisión correccional, señalando:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 72 del Código Penal cuando hay dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción las penas deben reducirse inexorablemente [...]. La minoría de edad de la víctima, si bien puede ser considerada como una circunstancia agravante porque aumenta la alarma que la infracción produce en la sociedad, o la malicia del acto o la peligrosidad de su autor, en el presente caso –la edad menor a 12 años de la ofendida- es una circunstancia constitutiva de la infracción y por ello deben considerarse las atenuantes de conducta anterior y posterior del culpado a que hacen referencia los numerales 6 y 7 del artículo 29 del Código Penal, para rebajar la pena [...].

La discusión sobre la alarma que la infracción produce en la sociedad, la malicia del acto o la peligrosidad del autor, cuando se trata de una persona menor de edad prácticamente no genera controversia.⁵⁰¹ De ello es reflejo el número de casos que por delitos sexuales cometidos en contra de niñas, adolescentes mujeres y niños, llegaron por recurso de casación a la Corte Suprema de Justicia. No obstante, está pendiente todo un debate en torno a la importancia de juzgar y sancionar las agresiones sexuales que se cometen en contra de las mujeres (adultas) dentro de una concepción integral de la justicia, el lugar que ocupan las mujeres (adultas) en el sistema penal y el papel que juegan los diversos operadores jurídicos en la realización de la justicia de género.

⁵⁰¹ Como se tendrá oportunidad de demostrar más adelante, esta afirmación debe ser matizada, pues la categoría “minoría de edad” muestra también particularidades, por ciclos de vida y por consideraciones de género, a la hora de ser abordada por el sistema jurídico, la respuesta institucional y el papel que desempeñan los operadores jurídicos.

El análisis de las decisiones judiciales nos permite descubrir que los jueces utilizan reglas que no constan en el componente formal normativo de la ley y que, sin embargo, son más fuertes que aquéllas que han sido expresamente dictadas. En efecto, un Tribunal Penal consideró que la víctima no había aportado “prueba plena” y que las pruebas que se habían actuado en el proceso habían desvanecido los indicios de responsabilidad penal que existían en contra del encausado. Para apoyar su afirmación manifestó que no hubo testigo presencial, que la declaración de la agraviada no se encontraba corroborada por ningún testigo y que, más bien, dicha declaración confirmaba el hecho de que nadie había escuchado o visto el hecho.⁵⁰² Este caso ilustra la forma en la que el Tribunal Penal utiliza la denominada “doctrina de la corroboración” –elaborada en los años sesenta del siglo pasado por la jurisprudencia norteamericana–, según la cual, para que se pudiera considerar probado el delito sexual, la víctima tenía que demostrar la existencia de un testimonio que pudiera corroborar su versión, criterio sustentado en la creencia de que los delitos sexuales eran particularmente susceptibles de falsas acusaciones.⁵⁰³

Distinta es la conclusión a la que llega la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el mismo caso, al resolver el recurso de casación sometido a su conocimiento. Para la sala, la prueba plena se completaba con los testimonios que no había apreciado el Tribunal o, mejor dicho, que los había soslayado. “Esto significa que el Tribunal Penal en la sentencia ha violado las reglas de apreciación de la prueba consignadas en los artículos 64 y 67 del Código de Procedimiento Penal, pues, la sana

⁵⁰² Resolución N° 146-99 del 31 de mayo de 1999, Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 15, Quito, mayo-agosto de 1999.

⁵⁰³ Ver al respecto el análisis que realiza Cristina Motta y otras, *Observatorio legal de la mujer. El legado de la Constitución, Estudios Ocasionales*, Bogotá, Centro de Investigaciones Sociojurídicas CIJUS, 1998,

crítica no constituye una facultad arbitraria sino que está sujeta a los principios de la Teoría del Conocimiento, la Lógica, la recta razón y la experiencia”. Al final, estimando procedente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, y enmendándose la violación de la ley en la sentencia, se declaró al procesado autor del delito de violación sexual. Los miembros del Tribunal Penal fueron amonestados por la “diminuta y tendenciosa sentencia” que había expedido.

Otra de las discusiones que se suscitó en torno a la comprobación de los delitos sexuales tenía que ver con la “medida del consentimiento” y la prueba que la víctima debía aportar, sobre todo, si la agraviada era una mujer adulta y había mantenido una relación afectiva con su agresor. La sentencia que analizamos a continuación es ilustrativa de la concepción todavía mantenida por algunos jueces en torno a la idea de que “no existe violación entre conocidos” así como de la pervivencia de la denominada “doctrina de la resistencia heroica”.⁵⁰⁴

De la sentencia dictada por el Tribunal Penal en la que se absolvió al procesado, se interpuso recurso de casación. Al contestar la fundamentación del recurso, la Ministra Fiscal General expresó que con el informe médico legal realizado por orden de la Comisaría de la Mujer y la Familia, que por cumplir las exigencias de ley merecía el valor jurídico determinado en la ley, se había justificado las equimosis y escoriaciones encontradas en los muslos de la agraviada; que tales lesiones habían sido producidas con el probable propósito de vencer su voluntad; y, que se había justificado la

p. 24., respecto de esta doctrina en la jurisprudencia norteamericana.

⁵⁰⁴ En torno a esta doctrina, nos remitimos a Cristina Motta y otras, Ob. cit., p. 24. Según esta autora, desde 1874 hasta 1962, una serie de decisiones de diferentes cortes estatales de los Estados Unidos contribuyó a fijar la doctrina de la *resistencia al extremo*. Según esta tesis, para que se pudiera hablar de violación no consentida, “no sólo debe existir una ausencia absoluta de consentimiento o asentimiento mental, sino que debe existir el más vehemente ejercicio de todos los medios o facultades físicos que posea la mujer para resistir la penetración, y se debe demostrar que ello existió hasta que se consumó la ofensa”.

responsabilidad del procesado, quien además había aceptado haber mantenido relaciones sexuales con la acusadora. Sin embargo, la sala consideró que este indicio muy importante se desvaneció con la propia declaración de la agraviada, quien ante la pregunta del defensor del sindicato respecto de si existieron o existen huellas en su cuerpo, rotura de vestimentas, o algo que evidencie que fue forzada a éstos hechos, la agraviada respondió negativamente ya que el agresor siempre le amenazó con un cuchillo. En opinión de la sala:

[...] resulta difícil aceptar que se hubiere mantenido el miedo o terror de la víctima [...] tanto al embarcarse en el autobús desde El Ejido hasta la zona de Luluncoto, donde ocurrió la primera relación sexual, desde donde caminaron hacia La Villaflora por una calle transitada de vehículos, por espacio de 2000 metros, hayan entrado a la farmacia, donde tomaron dos pastillas, atendidos por sus dueños, y anteriormente a una licorería, luego al “Hotel Complejo Amazonas”, situado a unos 200 metros, hablaron con el Administrador, dieron identidades y subieron al tercer piso para ocupar la pieza 307, se bañaron, mantuvieron relaciones sexuales por segunda vez y luego ella aprovechando que estaba dormido su agresor, bajó a la administración a denunciar el hecho, en un trayecto tan largo, donde habían personas que podían prestarle auxilio, la farmacia, el hotel, no denunció lo que ocurría, obteniendo la ayuda que se le habría proporcionado, hechos éstos que realmente ponen en seria duda que los dos accesos sexuales ocurrieron sin la voluntad de la víctima, acosada de terror, o hubo alguna colaboración, voluntaria, que desvirtuaría totalmente el delito.⁵⁰⁵

Existiendo duda, la sala dictó sentencia absolutoria en favor del encausado. Este es uno de los casos que logran sortear la mayor cantidad de obstáculos de la carrera que

⁵⁰⁵ Resolución N° 406-02 de 26 de agosto de 2002, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal,

el sistema penal organiza a fin de que las mujeres (adultas) víctimas de una agresión sexual puedan demostrar que merecen la protección del Derecho Penal. Pero también este caso muestra cómo, al estar cerca el último de los obstáculos, los árbitros de la carrera inventan nuevas reglas que impiden a la competidora (adulta) cruzar la meta.

Como se viene afirmando, el análisis de las resoluciones en materia penal muestra de qué manera se expresan las ideologías de los operadores jurídicos. Prueba de ello es forma en que los jueces evalúan la existencia de circunstancias atenuantes y agravantes de la infracción es prueba de ello. Por ejemplo, luego de analizar qué circunstancias podían ser consideradas como agravantes de la pena a ser impuesta al acusado, un Tribunal Penal llegó a la conclusión de que debía descartarse la existencia de agravantes, argumentando lo siguiente:

[...] este Tribunal Penal llega convicción que en el presente juicio se cumplió el principio fundamental del Art. 157 y lo reseñado en el inciso 2do. Del Art. 326 ambos del C.P.P. configurándose la perpetración de un delito sexual, en el que no concurrieron circunstancias agravantes y en el que ha quedado demostrada la responsabilidad penal del hoy procesado, especificando en base a la entrevista policial de la agraviada, que no es la primera vez que fue abusada sexualmente por el indiciado, del reconocimiento del lugar de los hechos se desprende que la infracción se suscitó en un centro poblado (Cooperativa de Vivienda) donde existen varias casas de habitación; de varias piezas procesales de las que se colige que el ilícito ocurrió el 1ro. de marzo de 1996 a las 13h00 aproximadamente; del testimonio propio rendido por [la testigo], aparece que la ofendida miente en declaración preprocesal o entrevista, ya que pudo pedir auxilio o ayuda a dicha testigo, quien vio salir al sindicado y menor de la casa y luego de producida la violación, porque tiene su domicilio

frente al de la menor agraviada [...].⁵⁰⁶

Dos datos fueron escogidos por el Tribunal Penal para demostrar su tesis de que en este delito sexual no concurrieron circunstancias agravantes: el lugar en el que se produjeron los hechos (“un centro poblado”) y la hora en que se cometió la infracción (“las 13h00”). Con estos elementos descartó las circunstancias agravantes contempladas en el No. 4 del artículo 30 del Código Penal (“Ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado o la noche”). En segundo lugar, en opinión del Tribunal Penal, la ofendida había mentido en su declaración, ya que pudo haber pedido auxilio o ayuda a la testigo que tenía su domicilio frente al de la niña agraviada. A través de esta afirmación el Tribunal pretendió descartar la circunstancia prevista en el No. 1 del artículo 30 del mismo cuerpo legal (“Ejecutar la infracción imposibilitando al ofendido para defenderse”).

No obstante, una atenta lectura de la declaración de la víctima respecto del contexto en el que se produjo el delito, nos podría llevar a una conclusión contraria. Efectivamente, se trataba de una niña de once años de edad, cuya madre tuvo que viajar a Quito, dejándole encargada a ella y a sus hermanos en un instituto bíblico, donde vivía el acusado con su mujer e hijos. Según el relato de la niña, ésta no había sido la primera vez que sufría una agresión sexual por parte del acusado sino que, frecuentemente, era invitada por él a su cuarto a “leer la Biblia”. El hecho se produjo un día en el que la niña se encontraba sola en la casa del acusado después de haber regresado de la escuela. Éste entró y le empujó a la fuerza a uno de los cuartos, cerrando las ventanas y la puerta.

⁵⁰⁶ Resolución N° 140-99 del 12 de mayo de 1999, Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 15, Quito, mayo-agosto de 1999.

Cuando la niña trató de gritar, el acusado le tapó la boca amenazándola con matarla.

Como se puede apreciar, se trata de una niña que vivía en una casa que no era la suya, sino la de un “jefe de familia” a quien la madre de la niña encargó el cuidado de sus hijos. Éste ejecutó el hecho en su propia casa, es decir, en un lugar a donde ninguna persona extraña, por más que viva en el mismo centro poblado, se atrevería a ingresar. Podríamos decir, entonces, que el acusado ejecuta la infracción sobre seguro, imposibilitando a la ofendida para defenderse, prevaleciéndose de su condición de autoridad (No. 1 del artículo 30 del Código Penal). Adicionalmente, el acusado ejecuta el hecho punible abusando de la amistad o de la confianza que se le dispensó la madre de los niños/as. (No. 4). Sin embargo, el Tribunal Penal consideró que el acusado había justificado atenuantes (de buena conducta anterior y posterior) por lo que le impuso la pena modificada de siete años de reclusión menor, por ser autor del delito de violación.

Un razonamiento distinto fue elaborado por la Primera Sala de lo Penal, al resolver el recurso de casación, respecto de las circunstancias que caracterizan los delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes cometidos por familiares u otras personas adultas, generalmente varones, que habitan en el mismo entorno doméstico y que tienen autoridad y poder sobre ellos/as. Esta sala integró en su análisis las diversas circunstancias que configuraron la actuación del acusado, tales como: autoridad directa sobre la víctima, alevosía, actuar sobre seguro, ensañamiento y crueldad, así como sus efectos en la vida y la salud de la niña ofendida:

[...] se comprueba en autos la alegación de la madre de la acusadora particular como conviviente del procesado, con autoridad directa sobre la menor impúber violada y

otros menores más hijos de aquella acusadora, hogar en el cual [el acusado] era Jefe de Familia, situación que está plenamente acreditada en autos, así como también el aprovechamiento del procesado de la indefensión de la víctima, configurando en su conducta alevosía que es agravante en los delitos contra las personas por emplear medios o formas en la ejecución del acto para asegurar el fin del sujeto activo del delito. Además se ha comprobado en esta causa que el reo actuaba sobre seguro en la execrable infracción reiteradamente cometida contra la menor, precisamente por el poder de su contextura física y autoridad, ante quienes en ese hogar, dependían mientras la acusadora particular salía del hogar por trabajo u otras necesidades, dejando a los menores bajo cuidado y protección [del acusado], momentos en los cuales actuaba solo y sin perturbaciones, porque obligaba a un hermano menor de la víctima a realizar compras, la Sala comparte la opinión del Ministerio Público en todas las circunstancias agravantes no constitutivas ni modificatorias de la infracción, entre las cuales se agrega el ensañamiento y crueldad del ofensor sobre la indefensa criatura para aumentar y prolongar su dolor al violarla cuando tenía 8 años son las secuelas traumáticas de perturbación en la salud de la persona violada [...] ⁵⁰⁷

La sala concluyó que, por haber existido en la especie circunstancias agravantes no constitutivas ni modificatorias de la infracción que aumentaban la malicia del acto y la alarma social por la violación reiterada del reo, era necesario rectificar el error que había viciado el fallo impugnado.

La Segunda Sala de lo Penal mantuvo un criterio similar al compartir el análisis realizado por el Tribunal Penal acerca de las pruebas del delito y de la responsabilidad del encausado, así como de la tipificación del mismo y la sanción aplicada, de acuerdo con los artículos 512 y 513 del Código Penal, sin reducción de pena, por considerar que el hecho había producido gran alarma social, apreciando también que el vínculo de

⁵⁰⁷ *Ibidem.*

afinidad entre padrastro e hijastra, quienes vivían en la misma casa, también constituía una circunstancia agravante que impedía la reducción de la pena.⁵⁰⁸ Que el acusado se hubiera aprovechado para cometer el delito de que la niña vivía en su misma casa, teniendo presente que tenía autoridad en el hogar y la familia y que imponía a la víctima sumisión, era una circunstancia que, a criterio de esta sala, agravaba el hecho.⁵⁰⁹

Pero las decisiones de los operadores jurídicos también se inclinaron por “favorecer la convivencia armónica de los ciudadanos”. Fue posible encontrar en las sentencias referencias a la oferta del acusado de contraer matrimonio con la víctima menor de edad⁵¹⁰ y su valoración –por parte de fiscales y jueces– como un elemento importante orientado a atenuar la pena o a excluir la existencia del delito. No cabe duda que en el fondo de este criterio subyace una concepción conservadora del matrimonio y la familia, así como una idea de la justicia y de la reparación del daño causado alejada de los derechos de las víctimas.

Por ejemplo, al contestar el traslado corrido con la fundamentación del recurso, a pesar de que señala que el procesado había cometido el delito de violación en contra de una persona menor de edad, el representante del Ministro Fiscal General expresó lo siguiente:

[...] los actos realizados por el procesado, se encasillan en el delito de violación, por cuanto la menor ofendida “dada su cortísima edad no entendía, ni sabía en qué problema se

⁵⁰⁸ Resolución No. 677 – 02 de 27 de noviembre de 2002, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 70, 28 de abril de 2003.

⁵⁰⁹ Resolución No. 14-03 de 7 de enero de 2003, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 92, 29 de mayo de 2003.

⁵¹⁰ Por ejemplo, está la afirmación del acusado de “que en forma insistente ha solicitado a la madre de la menor (quien es cónyuge del recurrente) y a la misma menor que consienta y autorice el matrimonio, por lo cual estima que la pena que le ha impuesto es excesiva.” Ver la Resolución No. 425-04 de 24 de junio de 2004, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 539, 8 de marzo de 2005.

había abocado debido al abuso sexual consumado por su enamorado” que éste para reparar el daño causado reconoció a su hija y luego contrajo matrimonio con la ofendida, lo que no enerva el delito de violación, pero constituye atenuante trascendental [...].⁵¹¹

Un criterio similar fue expuesto por la Ministra Fiscal General del Estado al señalar que la ofendida dio su consentimiento para mantener relaciones sexuales bajo promesa de matrimonio, lo que se cumplió, de manera que no hubo engaño; que el medio empleado fue la seducción, de la que la adolescente fue “fácil presa” dada su inexperiencia y su debilidad mental, elementos que configuraban el delito de estupro. No obstante, partiendo del hecho probado del matrimonio de la ofendida con el acusado, si bien esta circunstancia no eximía de responsabilidad, sí la atenuaba, lo que –en su criterio– debió ser tomado en cuenta para la aplicación de la pena, porque “el matrimonio es una forma de propiciar la convivencia pacífica de los asociados.” En opinión de la Sala de Casación el hecho no debía ser calificado como delito porque si precedió el estado de enamorados entre los dos con oferta de matrimonio y éste se cumplió no existió engaño ni tampoco seducción, lo que quedaba descartado ante la decisión de los sujetos del hecho de mantener relaciones sexuales voluntariamente, “aunque la capacidad de la presunta víctima hubiere estado ligeramente disminuida atenta su condición mental”.⁵¹²

Dos concepciones en torno a la capacidad de la adolescente mayor de catorce años para “consentir” la cópula carnal fueron desarrolladas, a saber: la que sostiene que hay delito aún con el supuesto consentimiento de la víctima y la que defiende que es

⁵¹¹ Resolución No 414-03 de 7 de octubre de 2003, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 270, 10 de febrero de 2004.

⁵¹² Resolución No. 429-04 de 25 de junio del 2004, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal,

necesario probar el dolo del autor para poder hablar de la existencia de un delito. De acuerdo con la primera, la Constitución Política de la República, en el artículo 23 numeral 25, consagraba como derecho de las personas el derecho de tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual, derecho que cobraría plenitud a partir de los 18 años de edad de todo ser humano. Al respecto, se afirmó:

[...] el Art. 51 de la misma Carta Política coloca a las personas menores de 18 años bajo la legislación de menores y sujetos a un régimen de administración de justicia especializada, ubicando a dichas personas dentro del grupo de personas vulnerables cuya protección proclama instituyendo el principio de interés superior del niño que luego en la legislación especial de menores declara como principio de interpretación, y que en la parte final del Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que adolescente es la persona que se encuentra entre los 12 y 18 años de edad, todo lo cual nos lleva a concluir, que las manifestaciones de voluntad y consentimiento dados por la menor de edad adolecen de vicio y se entiende que su consentimiento se lo ha obtenido mediante engaño; esto es que el acusado en su condición de enamorado alcanzó mediante engaño el consentimiento de la víctima para lograr el acceso carnal, perfeccionándose de ese modo el delito tipo de estupro [...].⁵¹³

La segunda concepción, por el contrario, afirma que el delito de estupro se diferencia del de violación porque en este último con el solo hecho de tener el acceso carnal con una víctima que tenga menos de catorce años se da por cometido esta infracción, sin que sea necesaria prueba alguna de violencia, amenaza, etc. En este

Quito, R. O. No. 539, 8 de marzo del 2005.

⁵¹³ Resolución No. 174-07 de 12 de abril de 2007, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal,

sentido, cuestiona la utilización del artículo 68 del Código de la Niñez y Adolescencia, que contiene un concepto de abuso sexual donde el “consentimiento” de la víctima es irrelevante, señalando que:

[...] esta norma es inaplicable para el campo del Derecho Penal; el criterio contrario llevaría a afirmar que en el Art. 501 del Código Penal, no se entrarían todos elementos del tipo, sino en una forma diferente del Código de la Niñez y Adolescencia; o sea sustentar que este tipo es abierto, lo cual representaría una verdadera amenaza para el principio nulla pena sine lege, pues esta clase de tipos no corresponde a una ley en el sentido substancial porque la columna vertebral de la terminación legal de un Estado de Derecho reside en la descripción típica mediante la descripción de “circunstancias de hecho” y de “características de autor”; pues la descripción típica tiene que ser tan clara y determinada que el juicio de antijuricidad del legislador sea señalado inmediatamente a través de ella; criterio consagrado en nuestra Constitución Política precisamente como garantía del debido proceso en el No. 1 de su Art. 24.

La primera tesis utiliza el argumento de que el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual corresponde únicamente a las personas adultas, y no a las personas menores de edad, lo cual contradice la concepción de ciudadanía adoptada por la propia Constitución de 1998. En efecto, este derecho puede ser ejercido en forma progresiva por niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. La tesis podría ser reformulada en el sentido de que la violencia sexual que se comete en contra de niños, niñas y adolescentes atenta contra su derecho al sano desarrollo de la sexualidad. De esta primera postura se destaca la forma en que

interrelaciona el mandato constitucional de brindar protección especial a los denominados grupos vulnerables, con la obligación del juzgador de aplicar al caso concreto el principio del interés superior del niño/a, como principio de interpretación.

En la segunda postura, la dificultad está en que construye a los sujetos como si estuvieran ubicados en un mismo nivel en cuanto al ejercicio de sus derechos y a la toma de decisiones, omitiendo el análisis del poder social. Deja de lado en el análisis la referencia a los contextos particulares en que interactúan los sujetos, así como los diversos factores –edad, sexo, etnia, clase social, entre otros– que determinan su diferente ubicación en el sistema social y su diferente consideración como sujetos de derechos. Una atenta mirada a la realidad nos permite descubrir la existencia de contextos de dominación, de exclusión, discriminación y violencia donde lo diferente, porque hace referencia al sexo, a la edad, a la condición social, al origen étnico, a una discapacidad, entre otros factores, es construido como desigual, tanto en los discursos como en las prácticas sociales. Esto implica cuestionar las bases mismas en las que se asienta la tipificación de un delito que, como el de estupro, se sustenta en la idea de que la respuesta del sistema penal depende de la “honestidad” de la víctima, y de que los adolescentes varones, por el hecho de serlo, no merecen ser sujetos de protección frente a la agresión de su sexualidad.

El ejercicio del poder se expresa de diferentes maneras en el proceso penal. Uno de los aspectos que a menudo es analizado por los jueces es el hecho de que las niñas y adolescentes ofendidas –y sus madres– se retracten del testimonio inicialmente rendido en el que habían señalado al padre/marido como el agresor. La respuesta de los juzgadores es variable. Por ejemplo, en la audiencia de juicio una niña “pretendiendo favorecer” a su padre señaló que lo anteriormente declarado era falso, que su embarazo

se produjo como consecuencia de las relaciones sexuales que mantuvo con su enamorado y que su padre convino en hacerse cargo del hecho para evitar que su madre la maltratara. En este mismo sentido, su madre dijo que cometió un error al concurrir a la Policía, presentar la denuncia y calumniar a su marido. Dijo también que tenía por costumbre viajar a la ciudad de Quito dejando a su marido con sus hijos, agregando que veía que su hija tenía mucha confianza con su padre, lo cual le producía celos. No obstante, al valorar dicho testimonio, el Tribunal Penal dejó constancia que en nada enervaba lo manifestado en su declaración anterior puesto que en ella había detallado elementos que concordaban con los hechos incriminados.⁵¹⁴

Es evidente que el ejercicio del poder y la autoridad se manifestará con diversas intensidades a lo largo del proceso penal, sobre todo, si el acusado –como en el caso del padre– es de aquéllos que tiene influencia directa sobre la víctima. Ella se enfrenta a una situación paradójica, mezcla de afectos y desafectos, miedos y culpas. Esta dinámica y el debate que suscita por parte de los juzgadores pueden ser apreciados en varias de sus resoluciones.

Ante un caso de “violación sistemática” por parte de su padre, llegada la audiencia la víctima se retractó manifestando que “todo lo que dijeron ella y sus hermanos había sido mentira, que no había tenido ninguna relación con su papá y que desde los trece años había tenido relaciones sexuales con su enamorado.” El voto salvado consideró que estaba claro y era evidente el grado de parentesco consanguíneo que unía al autor y a la víctima y el grado de intimidación ejercido por la autoridad paterna. Sin embargo, la sentencia de mayoría casó parcialmente la sentencia recurrida e impuso al acusado la

⁵¹⁴ Resolución No. 364-2005 de 16 de mayo de 2006, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Penal,

pena de dieciséis años frente a la de veinte años de reclusión mayor especial, que en un inicio había aplicado el Tribunal Penal, con base en el siguiente razonamiento:

Las retractaciones de la agraviada suscitadas durante sus versiones rendidas en la audiencia de juzgamiento, en relación a las que rindieron durante la indagación previa, “si bien es cierto que no llegan a desvirtuar la responsabilidad del sentenciado en la forma y circunstancias descritas, tanto más si se ha demostrado también la existencia material de la infracción, no es menos cierto que las mentadas retractaciones pueden conducir a equívocos o entredichos en cuanto a la verosimilitud e idoneidad de lo aseverado en las referidas declaraciones y con ello a objetar la rigurosidad de la pena [...]”.⁵¹⁵

En un caso de violación de un padre a su hija, de acuerdo a la investigación realizada por la trabajadora social, la niña no quería acudir a la audiencia porque no quería ver al papá, ya que le recordaba todo lo que le había pasado y porque le habían dicho que la iban a matar, lo cual le producía temor. La conclusión a la que llegaron los miembros del Tribunal Penal fue que la prueba era “insuficiente” y que la no comparecencia de la denunciante y de la menor ofendida a la audiencia les obligaba a “aceptar la duda razonable”, aplicando el artículo 4 del Código Penal sobre el principio in dubio pro reo, razón por la que pronunciaron sentencia absolutoria a favor del acusado. La sala, por el contrario, advirtió que el tribunal “no había valorado como correspondía las pruebas, pedidas, ordenas, practicadas e incorporadas en la audiencia reservada, que se relacionaban con prueba documental y testimonial idónea, de cuya

Quito, R.O. No. 36, de 08 de marzo de 2007.

⁵¹⁵ Resolución N° 115-2007 de 2 de octubre de 2007, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala Penal, Quito, R. O. No. 419, 5 de septiembre de 2008.

simple lectura se deducía la existencia material del delito de violación y la responsabilidad penal del acusado, por lo que le impuso la pena de veinte años de reclusión mayor especial, afirmando:

[...] resulta errada la aseveración del juzgador en el sentido de que hay insuficiencia de prueba porque no ha declarado la denunciante ni la ofendida, cuyas aportaciones testimoniales, debieron haberse declarado indispensables con anterioridad, además, vale recordar que en los delitos de carácter sexual, por la naturaleza misma de la infracción, resulta difícil aportar prueba directa sobre los hechos, de modo que generalmente se infiere la responsabilidad por prueba indirecta y, en el caso, como queda dicho, la contundencia de la prueba aportada no provoca duda alguna y resulta también errado el criterio de aplicar el Art. 4 del Código Penal [...].⁵¹⁶

Del análisis de estas decisiones se desprende la diversidad de criterios que existen respecto de la inasistencia de las denunciantes, y de las personas menores de edad afectadas, a las audiencias de juicio, lo cual determina resultados contradictorios en cuanto a la consideración del hecho como delito, la responsabilidad del acusado y, por lo tanto, la imposición de la pena.

En el ámbito probatorio, sobre todo en cuanto al delito de violación, el examen médico-legal juega un rol central, a tal punto que se llega a hablar de “la violación real” –donde determinadas pruebas son las que le permiten al juzgador concluir, de manera contundente, la existencia del delito de violación e imponer al acusado la sanción correspondiente– y de “la violación puramente dicha”.

⁵¹⁶ No. 262-07, juicio penal N° 535-06, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal.

En el primer caso, la infracción llegó a ser demostrada a través de los elementos aportados con el parte policial, el reconocimiento del lugar, ilustraciones, la partida de nacimiento de la niña, la diligencia sobre obtención de fluidos corporales y componentes orgánicos del imputado, el examen de ADN comparativo entre la muestra de sangre tomada del imputado con las existentes en la ropa de la niña, el reconocimiento de evidencias, la historia clínica de la atención prestada a la niña en un hospital, cuyo diagnóstico hace referencia a agresión sexual y maltrato infantil, el examen psiquiátrico de la niña que concluye “que la examinada ha sido objeto de abuso sexual, adolece de inestabilidad emocional y de depresión, necesitando de orientación y apoyo psicoterapéutico individual y familiar”, pero sobre todo con el examen médico legal que dijo lo siguiente:

[...] que al examen general presenta equimosis, excoriaciones, heridas en el tórax posterior y en el tercio inferior del muslo derecho, al examen de la región genital y anal presenta la vulva congestiva, hemorrágica, con presencia de un desgarró reciente que se inicia en la orquilla vulvar y se continúa con la pared posterior de la vagina en una extensión de 3 a 4 centímetros, con bordes hemorrágicos y sangrantes, concluyendo que la menor cuya edad frisa entre los 11 años a la fecha del examen presenta lesiones extra genitales producidas por un objeto contundente duro lo cual demuestra la probable utilización de la fuerza incluso en la cara interna de los muslos, las lesiones a nivel de la vulva y vagina son provenientes de un desgarró reciente y sangrante que puede deberse al roce, penetración y/o acceso de cuerpo vulnerante duro (miembro viril), en el himen se evidencia varios desgarró recientes a las 5, 6, 7, 8 y 9 según las manecillas del reloj como consecuencia del roce, fricción y penetración o acceso del cuerpo vulnerante duro, recomendando el perito médico tratamiento ginecológico para lesiones genitales y terapia

psicológica porque la ofendida requiere de quince días para curar las lesiones desde la fecha de su producción [...].⁵¹⁷

“Como se puede apreciar fácilmente –dice la sala–, la materialidad de la infracción ha sido demostrada en forma fehaciente con la breve descripción de las diligencias actuadas, que tiene por propósito acentuar la gravedad de las lesiones y secuelas que han quedado a consecuencia del delito que se juzga”. En cuanto al grado de participación y responsabilidad penal del acusado, la sala “observa que han sido evacuadas numerosas versiones y testimonios propios que han sido ratificados en la etapa del juicio, especialmente, de quienes han declarado durante la audiencia pública de juzgamiento [...] en concordancia con los testimonios de los padres de la ofendida y con el testimonio de ésta rendido en tal audiencia cuando de modo patente reconoce al autor del delito afirmando: ‘...está aquí el que me violó...’ ”⁵¹⁸

Ésta es la forma ideal de probar un delito sexual, particularmente, el de violación. Sin embargo, el lado opuesto de la construcción del delito sexual, de la víctima y de su agresor, por parte de jueces y fiscales, puede ser ilustrado con los discursos que son selectivamente recopilados en la siguiente sentencia absolutoria. Apreciemos, en primer lugar, el criterio del delegado de la Ministra Fiscal General, al contestar la fundamentación del recurso, que manifiesta:

Que la existencia real del delito de violación debe evidenciarse no con afirmaciones de las partes interesadas sino fundamentalmente con la presentación y examen de las

⁵¹⁷ Resolución No. 577-2006 de 6 de septiembre del 2007, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 354, 6 de junio de 2008.

⁵¹⁸ *Ibidem.*

pruebas materiales, siendo fundamental el informe médico legal respecto de la existencia del coito y dejar sentado en sus informes periciales, signos genitales, como la congestión de la vulva o de la vagina en el periodo inmediato o si hay desgarro himeneal si se trata de una mujer virgen; en la especie el reconocimiento médico ginecológico de la agraviada alude que en región pélvica se palpa pequeña tumoración que corresponde a embarazo de 13.4 semanas, genitales externos desarrollados, mucosa vaginal normal, cuello uterino con orificio externo cerrado; al examen bimanual se palpa útero aumentado de tamaño y ocupado; demostrando este examen estado de gravidez pero no acceso carnal forzado.⁵¹⁹

Cabe una primera observación. Parece ser que para el delegado del Ministerio Público existen dos tipos de violación: la “real” y la puramente “afirmada”. Claro está que las dos no comparten el mismo prestigio: la primera prevalece sobre la segunda. En este marco, sería impensable hablar de la existencia de una “violación real” sin un examen médico legal que demuestre que hubo coito. Por otra parte, en la violación “real” sólo cabe la hipótesis de la fuerza demostrable a través de “signos genitales”. La presencia de un embarazo en una persona menor de edad no tendría ninguna significación en esta forma de argumentar.

El prototipo de examen médico legal requerido por el delegado del Ministerio Público es compartido por la Sala. Ésta, al examinar la sentencia impugnada, descartó la validez de las pruebas valoradas por el Tribunal Penal, en primer lugar, las conclusiones de los peritos médicos legales, quienes “indican no existir evidencias de maltrato en el cuerpo, pudiendo ellas haber desaparecido en el tiempo; que la menor se encuentra en gestación”; y, en segundo lugar, el testimonio de la agraviada rendido en juicio, según el

⁵¹⁹ Resolución No. 213-07 de 3 de mayo del 2007, Juicio Penal No. 82-05, Corte Suprema de Justicia,

cual “el acusado la violó, cuando la deponente habitaba en la casa de aquel; que fue abusada en varias ocasiones y amenazada con un cuchillo”. Aquí estaríamos frente a la “violación puramente afirmada”. Mayor valor mereció el testimonio del imputado quien “niega haberla acosado, e indica haberse enterado por boca de ésta, que ella había tenido relaciones con un chico Elías que vive a doscientos metros de la casa”. Mientras que los testigos presentados por el acusado coincidieron “en que nunca éste enamoró a la menor.” Al final la Sala consideró que el Tribunal Penal violó el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica –las que son del correcto entendimiento humano y de la unión de la lógica y la experiencia–, manifestando:

[...] Sin que los peritos manifestaran haber encontrado signos que demuestren la existencia material de la infracción y sin que haya otras pruebas, los dan por establecido, llevándoles a la falsa aplicación del Art. 143 ibídem, en contra del procesado, cuando correspondía aplicar la parte pertinente de que el testimonio del acusado sirve de medio de defensa y de prueba a su favor, al no estar probada la existencia de la infracción; también se viola el Art. 140, del mentado cuerpo de leyes, de que el testimonio del ofendido por sí sólo no constituye prueba.⁵²⁰

No sólo está en juego una determinada concepción sobre el valor y la importancia del examen médico legal, “la prueba de las pruebas” en materia de delitos sexuales, sino que en el fondo subyace una concepción de la justicia, de los cuerpos de los sujetos, de sus derechos, y de la respuesta (apropiada) que se espera de las víctimas de la agresión sexual.

En el ámbito de la prueba, la discusión en torno al valor probatorio de los exámenes médicos practicados por profesionales de los establecimientos de salud, públicos y privados, a los que acudió la víctima de una agresión sexual se expresó en la existencia de dos tesis. La primera, la que puede ser denominada como más progresista, les otorgaba plena validez sobre la base de lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia vigente desde el año 2003. Una segunda tesis, más tradicional, mantuvo el criterio de que sólo podían ser considerados los exámenes médico-legales pedidos y practicados dentro del proceso.

El Ministro Fiscal General del Estado justificó la primera tesis señalando que de acuerdo a lo constante en el artículo 80 del Código de la Niñez y Adolescencia, al referirse a los exámenes médicos legales, se establece que los informes de dichos exámenes, realizados por profesionales de establecimientos de salud públicos o privados y entidades de atención autorizadas, tendrán el valor legal de informe pericial, por tanto, por imposición legal, constituyen prueba. Se trataba de una tesis innovadora, puesto que ponía al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal en relación con la normativa especial relativa a la niñez y adolescencia.⁵²¹

La tesis contraria fue expresada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia que, al cuestionar la actuación del Tribunal Penal, expresó que “la prueba sobre la existencia del presunto delito de violación había sido practicada sin disposición ni actuación del Fiscal y antes de que se inicie el proceso. [...] En el presente caso, el examen médico legal al que se hizo alusión anteriormente fue realizado en el Hospital de Otavalo y sin la orden del Fiscal ni la presencia del imputado por lo

⁵²⁰ *Ibidem.*

⁵²¹ Ver la Resolución N° 367-07 de 30 de julio del 2007, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo

que carecía de valor probatorio.” Para la Sala, ésta sería una prueba ilícita, expresamente excluida por el sistema procesal ecuatoriano. Con base en estos argumentos, la Sala consideró “que no se había comprobado conforme a derecho la existencia material de la infracción”. Tal parece que en esta decisión se expresa una concepción –más formalista– de la justicia.⁵²²

En el estudio de la forma en la que los jueces construyen los elementos constitutivos de los delitos sexuales, sin duda, la “honestidad” es uno de los más interesantes. A pesar de que nuestro sistema jurídico ha sido “afectado” por diversas reformas legales tendientes a eliminar las normas de carácter discriminatorio contra la mujer presentes en la legislación penal, sobre todo, a raíz de la ratificación de diversos instrumentos de carácter internacional, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y de la Convención para Erradicar la Violencia contra la Mujer (1995), figuras como la del estupro se resisten al cambio, de modo que siguen reflejando ideologías sexistas denunciadas desde la doctrina internacional de los derechos humanos de las mujeres. La referencia a criterios como la honestidad de la víctima, las buenas costumbres, y otros criterios de carácter moral, no sólo que permanecen en figuras como la del estupro, sino que continúan estando presentes, con fuerza, en la mente y en las actuaciones de los operadores jurídicos.

Inicialmente, es la edad de la víctima –claramente establecida en la ley penal– lo que va a determinar su mayor o menor “honestidad”. Esto se puede deducir de la manera en que la ley va clasificando a la víctima dependiendo de si se trata de una

Penal, Quito, R. O. No. 591, Suplemento, 15 de mayo de 2009.

⁵²² Resolución No. 365-2007 de 3 de junio de 2008, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 168, Suplemento, 8 de abril de 2010.

persona “menor de doce años”, “menor de catorce años”, “menor de catorce y mayor de doce” o “mayor de catorce años y menor de diez y ocho”. Pero también la práctica judicial muestra que, mientras mayor sea la edad de la víctima, menor será su grado de “honestidad”. De esta manera la ley junto a la interpretación y aplicación de la misma, contribuye a fijar los criterios sociales que determinan la mayor o menor honestidad de las mujeres.

A pesar, por ejemplo, de que de acuerdo con la ley tipos penales como el de la violación no contienen ninguna referencia a la conducta de la víctima, sin embargo, los operadores jurídicos –jueces, fiscales, policía– reproducen ideologías sexistas al utilizar y dotar de contenido a expresiones y términos como honestidad y buenas costumbres. Así, un Tribunal Penal al resolver un caso de violación a una niña donde, teóricamente, no debería estar presente este tipo de apelaciones, dijo que: “Circunstancias que atenúen la pena a imponer no cabe considerarlas dada la pequeña edad de la agraviada (seis años), quien, desde luego, ha demostrado ser de buenas costumbres”.⁵²³

Analizando el discurso del representante del Ministerio Público, se puede descubrir un concepto de “mujer honesta”. Dijo el Ministro Fiscal General subrogante que “la víctima es una niña de nueve años de edad, por lo que se encasilla en el caso del número uno del Art. 512 del Código Penal, que presume la violencia y por ende, que la víctima no dio consentimiento para la agresión sexual, porque no está en capacidad de excitar los deseos sexuales del agente, que a más de la indefensión de la víctima, fue engañada dolosamente hasta llegar a la agresión sexual”. Las buenas costumbres y la

⁵²³ Resolución N° 80-99 de 15 de marzo de 1999, Corte Suprema de Justicia, Quito, Gaceta Judicial No. 15, Serie XVI, mayo-agosto de 1999.

honestidad, entonces, dependen de la actuación de la víctima y de su “capacidad” para provocar los deseos sexuales del agresor.⁵²⁴

Por su parte, la Primera Sala de lo Penal, al examinar la sentencia dictada por el Tribunal Penal en un delito de estupro, expresó que el tribunal había valorado las pruebas según las reglas de la sana crítica y llegado a la certeza de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del procesado, por haberse demostrado conforme a derecho el delito de estupro y la autoría del procesado. A continuación sostuvo lo siguiente:

[...] el juzgador valoró diversas pruebas aportadas al proceso, inclusive la versión de la agraviada durante la investigación efectuada por la Policía, y por ello en la sentencia se sostiene que “la menor visitó la casa del encausado [...] que fue tentada por dinero para doblegar su resistencia y satisfacer las intenciones de su seductor [...], y que por su timidez conforme es calificada por los peritos médicos y su corta edad, no estaba en condiciones de recapacitar a tiempo el daño que iba a recibir con dicho accionar”, desechando lo declarado por la agraviada en el testimonio instructivo en el cual afirma que fue violada y no simplemente seducida, pues según la declarante el acceso carnal tuvo el procesado con ella usando fuerza e intimidación.⁵²⁵

La construcción de la honestidad se produce, entonces, en medio de un juego de reglas formalmente establecidas por la ley penal (por ejemplo referidas a la consideración de la edad de la víctima) y los contenidos que los operadores jurídicos van dando a dichas reglas. El resultado es la construcción de una escala de la honestidad

⁵²⁴ No 234-03 de 21 de mayo de 2003, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 179, 29 de septiembre de 2003.

que depende de las características “naturales” de la víctima, así como de su accionar, pero en ningún caso del ejercicio de poder, de los contextos de discriminación existentes, y de las dinámicas de dominación que caracterizan las relaciones de género en una sociedad determinada.

Los criterios de medida de esta escala, utilizando las expresiones y conclusiones a las que llegan los operadores jurídicos, podrían ser agrupados de la siguiente manera: Los elementos que hacen referencia a la incapacidad absoluta de la víctima para **“excitar los deseos sexuales del agente”** (aquí la ley penal y los operadores jurídicos “presumen” la honestidad de la víctima); los elementos que se refieren a la incapacidad relativa de la víctima para **“recapacitar a tiempo sobre el daño que va a recibir con su accionar”** (la prueba de que la víctima conserva intacta esta incapacidad le corresponde a ella); y, los elementos que hacen referencia al **“vínculo amoroso, más la falta de virginidad y la experiencia sexual anteriores”** (si se prueban estos elementos se presume que la víctima estuvo en capacidad de consentir el acto sexual).

No es difícil comprender que la utilización de esta escala, construida para mantener el *statu quo*, deja intactas las relaciones sociales de opresión que colocan a muchas mujeres en situación de discriminación, exclusión y violencia, cuyos efectos se expresan en el grado de “protección” que los operadores del sistema de administración de justicia les otorgan.

Como se ha dicho, muchas veces las opciones del juzgador son justificadas sobre la base de “criterios técnicos”. Éste fue el argumento que se utilizó para explicar la imposición de penas menos perjudiciales al agresor en los delitos de estupro y de

⁵²⁵ N° 153 - 97 – MS de 23 de noviembre de 1999, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal,

atentado contra el pudor. La Ley Reformatoria al Código Penal, promulgada por el Congreso Nacional y publicada en el Registro Oficial No 365 de 21 de julio de 1998, tipifica la violación como “el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo”, entre otros casos, “cuando la víctima fuere menor de catorce años.” La disposición anterior que fuera reformada establecía la edad de doce años.

Este hecho suscitó distintas posturas por parte de los jueces frente a la caracterización y sanción de los delitos de violación y estupro. Para algunos, la reforma introducida determinó que llegaran a “coexistir” dos disposiciones: la que reprimía el acceso carnal cuando la víctima era menor de catorce años (violación), y la que sancionaba la cópula con una “mujer honesta”, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento, si la mujer fuere menor de catorce y mayor de doce años (estupro). De acuerdo con esta tesis, al coexistir dos disposiciones, el juez estaba en la obligación de aplicar la “más favorable” al agresor, en este caso, la sanción por el delito de estupro que era “más benigna” (prisión de dos a cinco años). No obstante, para otro sector, la reforma derogaba tácitamente la relativa al estupro cuando se daba en una persona menor de catorce y mayor de doce, por lo que, probados los elementos de la violación, el juez estaba en la obligación de aplicarle la sanción correspondiente (reclusión mayor de ocho a doce años).

La discusión que se produjo entre estas dos posiciones fue recogida en una resolución⁵²⁶, donde a pesar de haberse probado que el acusado mantuvo relaciones

Quito, R. O. No. 90, 2 de junio de 2000.

⁵²⁶ Resolución No. 435-04 de 25 de junio de 2004, Juicio Penal No. 344-03, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 540, 9 de marzo del 2005. Otras resoluciones similares: Resolución No. 520-06 de 8 de junio del 2006, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal,

sexuales con una niña de doce años, a través del peritaje médico legal, la declaración del perito y la partida de nacimiento de la niña, así como la responsabilidad del acusado, no obstante, el Tribunal Penal aplicó la tipificación del hecho como estupro en una mujer menor de catorce años, señalando:

Por este motivo y de acuerdo a expresas disposiciones constitucionales y del mismo Código Penal, sobre la aplicación de la disposición favorable al acusado, cuando existen contradicciones con otras, este Tribunal considera que el comportamiento [del acusado] se encasilla en los Arts. 509 y 511 del Código Penal, porque él abusando de su enamoramiento llegó a la cópula carnal con una mujer honesta de doce años, nueve meses de edad, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento; lo que es reprimido con prisión de dos a cinco años.⁵²⁷

La Segunda Sala de lo Penal de la Corte defendió la tesis contraria y sancionó al encausado por el delito de violación. No obstante, debido a que no era posible empeorar la situación jurídica del encausado por ser el único recurrente, se vio obligada a mantener la pena impuesta por el Tribunal Penal. Sostuvo la Sala que:

Es equivocado el criterio de que coexisten dos disposiciones punitivas en los Arts. 512 y 511 del Código Penal, el primero declarando que es violación el acceso carnal con víctima menor de catorce años y el segundo aplicando una pena de dos a cinco años de prisión en el caso de estupro, cuando la mujer fuere menor de catorce años y mayor de doce, porque la tipificación del delito de violación en víctima menor de catorce años fue

Quito, R. O. No. 18, de 8 de febrero de 2008; Resolución No. 521-06 de 12 de junio de 2006, Juicio Penal No. 267-05, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 18, 8 de febrero de 2008; Resolución No. 529-06 de 14 de junio del 2006, Juicio Penal No. 161-05, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 18, 8 de febrero de 2008.

⁵²⁷ Resolución No. 435-04 de 25 de junio de 2004, Juicio Penal No. 344-03, Corte Suprema de Justicia,

hecha en la Ley Reformativa al Código Penal, publicada en el Registro Oficial No 365 de 21 de julio de 1998, en la que aumentó la edad de la víctima a catorce años que antes fue únicamente de doce años, ley que derogó tácitamente a la anterior, conforme lo dispone el Art. 37 inciso 3 del Código Civil, sin que pudiera confundirse como conflicto de dos leyes, la una favorable y la otra desfavorable al reo [...] mal podría aplicarse la ley derogada tácitamente a un hecho perpetrado en vigencia de la nueva ley que tipifica el delito de violación como el acceso carnal en persona menor de catorce años, sin condicionamiento alguno, pues no se trata de concurso de leyes como tampoco de concurso ideal de infracciones previsto en el Art. 81 número 6 del Código Penal.⁵²⁸

En este mismo sentido se pronunció la Primera Sala de lo Penal, cuya crítica respecto de la interpretación efectuada por el Tribunal Penal fue contundente. En efecto, el tribunal había calificado de estupro el caso de una adolescente de 16 años de edad que había sufrido maltratos físicos y psicológicos, abuso sexual e intimidación desde los 14 años de edad, por parte de su tío político, con quien vivía. Por ello, la Sala recalcó la necesidad de activar las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia, expresando lo siguiente:

El artículo 47 y 48 de la Constitución Política de la República consagra la atención prioritaria, preferente y especializada a los niños y adolescentes y la obligación de aplicar el principio de su interés superior y ante todo el hecho de que “sus derechos prevalecerán sobre los de los demás”. Normas con las que concuerda el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, que dice: “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades

Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 540, 9 de marzo del 2005.

⁵²⁸ *Ibídem.*

administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento”; y como lo establece el último inciso del artículo 12 ibídem “en caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.- Por lo tanto, el Tribunal Penal nunca debió aplicar el principio del indubio pro reo, de la manera que lo aplicó, cuando ni siquiera existió un conflicto entre dos normas y menos aún, vulnerando principios constitucionales y legales que garantizan los derechos de los menores.- Por lo anteriormente mencionado, esta Sala observa que existe violación de la ley en la sentencia.⁵²⁹

Como en el caso anterior, se casó la sentencia impugnada y enmendando la violación de ley, se declaró que el acusado era el autor responsable del delito de violación y que, por ello, le correspondía recibir la pena de dieciséis años de reclusión mayor. No obstante, como era el único recurrente, en virtud del artículo 24, numeral 13 de la Constitución de 1998 en concordancia con el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, se benefició del principio de NON REFORMATIO IN PEJUS, no siendo posible empeorar su situación jurídica y debiendo aplicársele la misma pena impuesta por el tribunal de origen (seis meses de prisión correccional, más costas, daños y perjuicios).

Una “dificultad técnica” adicional fue generada por las reformas a la ley penal en materia de delitos sexuales, esta vez, referidas al delito de atentado al pudor. La situación que se suscitó a raíz de la aprobación de dichas reformas en la práctica judicial fue reseñada en una resolución de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte. En opinión de esta Sala, el problema fue originado en un “lamentable error” del legislador:

⁵²⁹ Resolución N° 288-06 de 7 de enero de 2008, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 53, 23 de octubre de 2009.

1).- En la casuística penal se llegó a la certeza de que el delito de atentado al pudor fue suprimido por un error lamentable del legislador al derogar los Arts. 505, 506 y 507 del Código Penal mediante la promulgación de la Ley 2005-2 publicada en el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio del 2005.- 2).- Reconociendo los efectos jurídicos de esa derogatoria involuntaria el Congreso Nacional aprobó la Ley Interpretativa del Art. 9 de la Ley Reformatoria al Código Penal, que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 350 de 6 de septiembre del 2006, en la que declaró que los Arts. 505, 506 y 507 del Código Penal se encuentran subsumidos en el artículo que se interpreta y por consiguiente siguen vigentes.- Sin embargo, esta interpretación legislativa no generó la reviviscencia de las normas legales antes derogadas, cuanto más que según el Art. 7 del Código Civil la ley solo dispone para lo venidero ya que no tiene efecto retroactivo; por lo que inexistió el tipo delictivo en el lapso comprendido entre el 23 de junio del 2005 hasta el 6 de septiembre del 2006.⁵³⁰

Como la sentencia impugnada se refería a un hecho cometido el 3 de enero del año 2006 cuando el delito había sido derogado, la Sala consideró que “el juzgador debía aplicar el contenido del numeral 1 del Art. 24 de la Constitución Política en concordancia con los artículos 2 del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal que de manera unánime puntualizan que ninguna persona puede ser reprimida por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida”. En consecuencia, casó la sentencia y enmendando lo que consideró una errónea interpretación de la ley, pronunció sentencia absolutoria.⁵³¹

⁵³⁰ No. 66-2007 de 24 de julio del 2007, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Penal, Quito, R.O. No. 194, 19 de octubre de 2007.

⁵³¹ Discusión en torno a este tema se puede encontrar también en las siguientes sentencias: Resolución

Parece que no siempre la derogatoria de los tipos penales puede ser atribuida al legislador a través del proceso de reforma de la ley, como en el caso anterior, aunque se haya tratado de un lamentable “error”; dicha derogatoria también ocurre en la práctica cotidiana de los operadores de justicia.⁵³² Éste fue el caso de la sentencia dictada por un Tribunal Penal que fuera examinada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través del recurso de casación.⁵³³

En efecto, el fallo del tribunal de alzada empieza haciendo referencia al informe pericial ginecológico, por medio del cual los facultativos informaron que la niña de nueve años, al examen general, no presentaba signos de violencia; que en el examen ginecológico se observaban genitales externos de aspecto normal para la edad; y, que el himen era semilunar, grueso, sin desgarros pero muy dilatado. Se enfatizaba que el himen dilatado puede producirse por maniobras digitales reiterativas en los genitales de una niña. Adicionalmente, se alude al testimonio del imputado, quien había afirmado que “en algunas ocasiones llegaba a su domicilio y como no encontraba a su mujer se acostaba en la cama y sus hijas le atendían [...] que en realidad sí mantuvo relaciones sexuales con su hija [...] pero que en ningún momento la forzó, sino que ella se le entregaba voluntariamente”. Consta además el testimonio de la víctima, quien relató que la violencia en su contra se había ejercido de forma sistemática por parte de su padre. La Sala concluyó que el tribunal había calificado al hecho erróneamente de

No. 525-06 de 7 de agosto de 2007, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 583 de 5 de mayo de 2009; Resolución No. 214-07 de 3 de mayo de 2007, Juicio Penal No. 231-06, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 388, Suplemento, 24 de julio de 2008.

⁵³² Se utiliza esta expresión en sentido amplio para hacer referencia a todas las instituciones, instancias y personal involucrado en el proceso penal.

⁵³³ Resolución No. 17-07 de 18 de enero de 2007, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 367, Suplemento, 25 de junio de 2008. Un fallo similar fue analizado en la Resolución N° 333-07 de 10 de julio del 2007, Juicio Penal N° 595-05, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 591, Suplemento, 15 de mayo de 2009.

atentado contra el pudor, con lo que evidentemente había violado la ley, enfatizando que:

El hecho aceptado por el sentenciado y sobre el cual el Tribunal ha emitido condena es el de que aquel mantuvo relaciones sexuales con su hija [...] de nueve años de edad, esto es, el acceso carnal con una menor de catorce años, acto al que la norma contenida en el Art. 512 califica como violación, sea que el miembro viril se haya introducido total o parcialmente, o como reza el agregado al Art. 512.1 de la Ley 106-PCL, publicada en el Registro Oficial No. 365 de julio de 1998, que dice: “Art... Se aplicarán las mismas penas del artículo anterior, en caso de agresión sexual consistente en la introducción de objetos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal, realizado en las mismas circunstancias del Art. 512”, y que la disposición del Art. 513 *ibídem* sanciona con la pena de ocho a doce años de reclusión mayor, pena que por lo prescrito en el Art. 515 del mismo cuerpo de leyes se ha de incrementar en cuatro años en atención al parentesco que une al hechor con la agraviada, padre e hija.

Al casar la sentencia, la Sala impuso al imputado la pena de doce años de reclusión mayor y dispuso que se oficie al Consejo Nacional de la Judicatura para que juzgue y sancione la conducta de los miembros del Tribunal Penal que pronunciaron el fallo en esta causa. Pero no sólo que el Tribunal Penal omitió realizar una correcta valoración de las pruebas presentadas e incurrió en error en la calificación del delito. Sino que, al hacerlo, en la práctica, derogó la idea de delito del horizonte simbólico de las víctimas, de los miembros de su familia y de la sociedad en su conjunto. Con ello contribuyó a perpetuar las jerarquías que existen en el entorno familiar, donde algunos individuos pueden decir, disponer, ser atendidos, porque son “autoridad”; mientras que

otros deben escuchar, cumplir, estar al servicio de..., porque son inferiores, no tienen voz, o simplemente son “menores”.

Ha sido suficientemente señalado que el acceso al sistema penal en busca de protección conlleva una fuerte carga de sufrimiento y dolor que produce un daño adicional al causado por la agresión sexual. En general, las prácticas de las instituciones policiales, los procesos burocráticos de las instituciones administrativas, las pericias médicas, y los discursos que se construyen alrededor de las víctimas, sobre todo en relación con “su pasado sexual”, conducen a lo que se ha dado en llamar “doble victimización”, “re-victimización” o “victimización secundaria”. Con mucha frecuencia el testimonio del acusado sobre la conducta de la adolescente, la actuación del Ministerio Público, las dificultades probatorias, la concepción dominante en torno al “prototipo de informe médico legal” respecto de lo que se considera un “delito real”, y la decisión del juzgador, dan como resultado la construcción de una nueva víctima. Veamos paso por paso cómo se da este proceso.⁵³⁴

Primer elemento: Dicen los peritos médicos que practicaron el reconocimiento ginecológico de la adolescente “que como se trata de una violación antigua no se visualizan lesiones recientes, y que a nivel de genitales externos no aparece ninguna patología y en genitales internos se advierte ausencia himeneal con caránculas himeneales.” Resulta fácil advertir, como se ha analizado hasta aquí, que este informe médico legal no está destinado a llenar las expectativas de lo que se considera un “delito real”.

Segundo elemento: Afirma el acusado “haber sido enamorado de la ofendida con quien estudiaba en el mismo colegio, señalando que la chica no era de buena conducta y

que jamás con ella tuvo relaciones sexuales.” Ya se ha señalado que, a fin de probar que la víctima no es una persona honesta, es necesario apelar a su conducta, se entiende, sexual.

Tercer elemento: En la etapa de juicio se introducen como pruebas los testimonios de los peritos que practicaron el reconocimiento ginecológico a la adolescente, el testimonio del acusado, y los testimonios del policía y del agente investigador que elaboraron el parte policial. Pero no se ratifican las versiones de la adolescente, la de su madre, la de su tío y la del coincepado, practicadas durante la etapa de instrucción fiscal. Tampoco fueron recabadas ni presentadas las prendas de vestir “que se afirma fueron rotas previo al abuso sexual”. Estas son algunas de las dificultades probatorias que a menudo la víctima, sus familiares, el propio agente fiscal suelen enfrentar cuando se trata de probar el cometimiento de un delito sexual.

Cuarto elemento: Para sustentar motivadamente el fallo el Tribunal analiza los actos practicados en la etapa de instrucción fiscal y valora la mencionada prueba conforme a “las reglas de la sana crítica”. Afirma que, “en cuanto a la edad de la ofendida (13 años 5 meses a la fecha del delito), por el vínculo amoroso, más la falta de virginidad y la experiencia sexual anteriores conllevan a establecer que la menor estuvo en capacidad de consentir”. Considera que se ha justificado conforme a derecho la existencia del delito y la culpabilidad del acusado y, con el voto de mayoría, declara al acusado autor del delito de estupro, por lo que le impone la sanción de cuatro años de prisión, más resarcimiento de daños y perjuicios.

Quinto elemento: El representante del Ministerio Público considera que es insuficiente la prueba actuada durante el juicio, “al que ni siquiera se ha incorporado y

⁵³⁴ Ver, por ejemplo, la Resolución No. 586-04 de 7 de septiembre del 2004, Corte Suprema de Justicia,

judicializado la partida de nacimiento de la ofendida, ni otros testimonios que refieran sobre su conducta.” Destaca que si bien en los delitos sexuales es poco probable que exista prueba directa sobre la circunstancia de la infracción y por lo tanto criterio de apreciación de la prueba es mucho más amplio, no es menos cierto que no pueden argumentarse conclusiones sobre hechos que no fueron debidamente probados en el juicio y ante los tribunales penales. Si bien el Tribunal Penal y el representante del Ministerio Público difieren en cuanto al valor que debe darse a las diligencias practicadas durante la instrucción fiscal, no obstante, comparten la misma matriz de ideas en torno a la “conducta de la víctima” y a su “pasado sexual”.

El resultado: Afirma la Sala que en “la sentencia definitiva al darse el valor de prueba a las piezas procesales recogidas durante la etapa de instrucción, sin que hayan sido presentadas y valoradas en la etapa de juicio, se ha quebrantado, por aplicación indebida, las disposiciones contenidas en los artículos 79, 83, 85, 86 y 119 parte final del Código de Procedimiento Penal”, razón por la cual casa la sentencia recurrida y, enmendando la violación de la ley, absuelve al acusado.

Muchas de las “discusiones técnicas” que los operadores jurídicos asumen al momento de aplicar e interpretar la ley son en realidad “opciones políticas” orientadas a materializar determinadas concepciones de la justicia, unas más centradas en hacer prevalecer el texto de la ley, y otras más orientadas a acortar la distancia que existe entre el Derecho y la realidad social. De este modo, un mismo principio contenido en la ley penal puede ser aplicado de diversas maneras dependiendo de la concepción de justicia y de los derechos que guíe la actuación del juez.

Esta tensión estará siempre presente. Mientras un Tribunal Penal argumentaba que las evidencias, vestigios y más diligencias practicadas por la Fiscalía no se habían judicializado y por lo tanto carecían de eficacia probatoria como lo determinaba la ley, razón por la que pronunció sentencia absolutoria, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia opinaba que había una equivocada apreciación de la prueba, puesto que la declaración del procesado, coincidente con la de la agraviada y ésta con el certificado médico de la casa de salud, llevaban a la conclusión de que estaba justificada la existencia del delito de atentado impúdico en una persona menor de edad y de que el autor del mismo era ciertamente el encausado. Sobre la existencia del delito de atentado contra el pudor existía un certificado médico que tenía plena validez por provenir de una profesional de la institución de salud que examinó a la víctima inmediatamente de ocurrido el hecho, documento que coincidía tanto con la declaración de la agraviada como con la rendida por el encausado ante el fiscal con la asistencia de su abogado defensor, es decir, cumpliéndose con los preceptos constitucionales correspondientes. Por todo ello, la sala especializada expresó:

La judicialización no consiste en que recepte la prueba el Juez Penal, que en el actual código no lo puede hacer sino por excepción, o el Tribunal Penal, la captación de vestigios que pueden desaparecer tienen que hacerse urgentemente por parte de la Fiscalía con la ayuda de la Policía Judicial; mal puede hacerse por parte del Tribunal Penal, que actúa muy posteriormente, pero será sometida a la contradicción en la audiencia el juzgamiento, en la que puede ser impugnada y perder valor si se aprecia su invalidez, caso contrario, mantiene y cobra todo el valor probatorio, relacionada, por supuesto, con las demás pruebas que se hubieren recibido en la instrucción fiscal y en la fase de juzgamiento. En los delitos sexuales el criterio de apreciación de la prueba es mucho más amplio que en otra clase de delitos, porque se considera que muy difícilmente o nunca existirá prueba

directa, testigos presenciales u otra clase de medios de convicción, las reglas de la sana crítica contempladas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, permiten al juzgador hacer una apreciación inteligente, a base del criterio que guía el acontecer común de las cosas, unida a la experiencia y a la lucidez del juzgador, norma que guarda relación con lo preceptuado en el Art. 192 de la Constitución Política, que con mucho realismo declara que: “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.⁵³⁵

Al finalizar la década de los años noventa, se encuentra una resolución que muestra cómo la aprobación de la Ley Reformatoria al Código Penal que tipifica los delitos de explotación sexual de las personas menores de edad⁵³⁶ impone a los juzgadores la necesidad de considerar nuevas dinámicas en la comisión de conductas delictivas, y, por lo tanto, nuevas formas de ver y entender los tipos penales. El caso al que hacemos referencia a continuación es solo una pequeña parte de un proceso mayor de transnacionalización del delito, en el que emergen nuevos actores que esconden viejos intereses. En la actualidad, es posible hablar de una gran “industria del sexo” que requiere multiplicar las potenciales víctimas, socializando los efectos perversos de su intervención.

En este contexto, a la Tercera Sala de lo Penal le correspondió el estudio de una sentencia que imponía al acusado la pena atenuada de tres años de prisión correccional como autor del delito de atentado al pudor. Los hechos materia del enjuiciamiento, demostrativos de la materialidad de la infracción y del grado de participación penal del acusado, eran los siguientes:

⁵³⁵ N° 622-02 de 20 de noviembre de 2002, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 36, 10 de marzo de 2003.

⁵³⁶ Publicada en el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio de 2005.

Lo peculiar de la conducta observada por el procesado [...] es que en el centro comercial denominado “Virtual Center” de la ciudad de Salcedo, comercializaba o vendía imágenes pornográficas y materiales audiovisuales y a las niñas estudiantes de escuela entre ellas la menor [...], les invitaba a presenciar o ver las películas pornográficas, facilitándoles el acceso a esos espectáculos pornográficos con fines soterrados de naturaleza sexual y las menores de edad han sido atraídas por los obsequios que el procesado les brindaba. De tal manera que éste se encuentra incurso como autor responsable del ilícito previsto en el artículo 9 de la Ley Reformatoria al Código Penal que tipifica los delitos de explotación sexual de los menores de edad, dada el 1 de junio del 2005 y promulgada con el Registro Oficial No. 45 de 23 de junio de aquel año, sin que sea procedente la admisión de circunstancias atenuantes según las disposiciones que contiene el Art. 29.1 del Código Sustantivo Penal.⁵³⁷

La decisión estuvo dividida. El fallo de mayoría casó la sentencia impugnada, declarándole al acusado autor responsable del delito de abuso sexual e imponiéndole la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, el comiso de los bienes que le fueron incautados y la inhabilidad para la actividad de comercialización que venía desempeñando. Por el contrario, el voto salvado sostuvo que los hechos eran constitutivos del delito de explotación sexual, sin que sea procedente la admisión de circunstancias atenuantes.⁵³⁸

En el ámbito de los delitos sexuales es posible encontrar normas que están formuladas en términos neutrales, en cuanto al sexo de las personas, el origen étnico, la

⁵³⁷ Resolución No. 252-2007 de 14 de noviembre de 2007, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala Penal.

⁵³⁸ *Ibidem.*

clase social, la procedencia urbana o rural, el color de la piel, el origen social, la orientación sexual, la discapacidad, entre otros rasgos, tal es el caso de las normas que regulan el atentado contra el pudor⁵³⁹, la violación⁵⁴⁰ y la agresión sexual⁵⁴¹. Estas normas conviven con otras que han sido elaboradas con una alusión directa al sexo de los individuos, incluso, a su “comportamiento sexual”, como es el caso del estupro⁵⁴². A pesar de la forma neutral en la que han sido construidas varias de estas disposiciones, sin embargo, su evolución histórica, los intereses que protegen, las ideologías jurídicas que las sustentan, la respuesta cotidiana del sistema penal, y la forma en que los sujetos sociales interactúan con dicho sistema, van configurando un determinado sujeto de “amparo” penal. Esta dinámica contribuye a “proteger” a unos individuos, al tiempo que margina y excluye a otros. De esta manera se establece la identidad de la víctima del delito sexual. Lo mismo se puede decir de quienes el Derecho Penal contribuye a fijar como “agresores” a través de sus instituciones y agentes.

Quiénes sí llegan a ser consideradas víctimas del delito sexual son básicamente las niñas menores de catorce años, de quienes se presume su “honestidad”. Las niñas son inocentes⁵⁴³; ellas sí pueden ser engañadas⁵⁴⁴; son sencillas, transparentes y dicen la

⁵³⁹ “Se da el nombre de atentado contra el pudor a todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y se ejecute en la persona de otro, sea cual fuere su sexo.” (Art. 505 del Código Penal).

⁵⁴⁰ “Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos [...]” (Art. 512 del Código Penal).

⁵⁴¹ “Se aplicarán las mismas penas del artículo anterior, en caso de agresión sexual consistente en la introducción de objetos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal, realizado en las mismas circunstancias del artículo 512.” (Art. 512.1 del Código Penal).

⁵⁴² No todas las leyes están formuladas de esta manera. Ejemplo de ello son las normas que se refieren al estupro: “Llámase estupro la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento (Art. 509 del Código Penal).

⁵⁴³ Ver la Resolución No. 633-04 de 22 de septiembre de 2004, Juicio Penal No. 619-03, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 101, 12 de septiembre de 2005.

⁵⁴⁴ Ver la Resolución N° 84-99 de 1 de marzo de 1999, Juicio No. 338-97, Corte Suprema de Justicia, Quito, Gaceta Judicial No. 15, Serie XVI, mayo-agosto de 1999.

verdad⁵⁴⁵. Conforme vaya aumentando su edad, menor será la “protección” que reciban del sistema penal. Inicialmente, porque la misma ley contiene elementos discriminatorios en la formulación de tipos penales como es el caso del estupro. También porque la construcción de las escalas de honestidad por parte de los jueces refuerzan el contenido discriminatorio de la ley. Las adolescentes mayores de catorce años todavía tienen oportunidad de ser tomadas en cuenta por el sistema penal, pero para ello tienen que demostrar que son “honestas”.

Evidentemente, el sistema penal excluye a las mujeres adultas. Muy pocas mujeres adultas logran vencer los obstáculos que el sistema penal –junto a la dinámica social– les imponen, con base en ideologías sexistas en torno a los roles y espacios “propios” de las mujeres, sus cuerpos, el ejercicio de su sexualidad, su voz y su palabra. Ellas están avocadas a tener que desvirtuar una serie de “presunciones” que existen en su contra. Sin embargo, dentro de la categoría “mujeres adultas” también es posible encontrar nuevas discriminaciones. Las mujeres adultas que sí logran ser consideradas “víctimas” son fundamentalmente aquéllas que sufren una agresión sexual en pandilla, quienes demuestran una resistencia heroica a la agresión sexual o quienes son agredidas por un desconocido.

El Derecho Penal también construye un tipo de delincuente. En efecto, el padre es el que aparece como el prototipo del delincuente sexual. De él se dice que es extremadamente peligroso por su absoluto desprecio a principios morales⁵⁴⁶ o que su

⁵⁴⁵ Ver la Resolución N° 80-99 de 15 de marzo de 1999, Juicio N° 55-98, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Quito, Gaceta Judicial No. 15, Serie XVI, mayo-agosto de 1999.

⁵⁴⁶ Ver la Resolución No. 453-01 de 20 de diciembre de 2001, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Quito, R. O. No. 517, 19 de febrero del 2002.

actitud es anormal y depravada.⁵⁴⁷ Junto a él están las figuras del padrastro y el conviviente de la madre de las niñas que son agredidas, los parientes, los amigos de la familia, los vecinos, los “conocidos” y los “enamorados” (adultos) de las adolescentes. A pesar de que la mayor frecuencia de las agresiones ocurren “en la intimidad del hogar”, la identidad del delincuente se construye alrededor de la figura del padre, pero no del marido.

Pero el sistema sólo “selecciona” a aquéllos sujetos que pertenecen a grupos y contextos específicos y a una determinada clase social, tal es el caso del hombre que trabaja en el mercado, un campesino sencillo, el trabajador de una mecánica, un agricultor, un jornalero, un chofer, un hombre que no tiene trabajo o el trabajador de una institución pública que fue despedido. La mayor parte de los sentenciados está constituida por “gente común”: un hombre trabajador, casado y que vive con su familia, un patrono, el presidente de una asociación avícola, el rector de un colegio, un profesor, el bibliotecario, un ex profesor, el “pastor” de una iglesia o de un instituto bíblico. En muy pocos casos las agresiones sexuales son cometidas por “desconocidos”. Pero todos comparten una característica: ninguno pertenece a una clase social acomodada.

Sin duda existen contextos que favorecen la reproducción de la violencia sexual. La mayoría de las agresiones sexuales sigue ocurriendo en el entorno familiar, en medio de la convivencia cotidiana, signada por el ejercicio del poder y la subordinación de los sujetos sociales más débiles. Que la violencia sexual ocurra con mayor frecuencia al interior de un espacio, el doméstico, que de acuerdo con las disposiciones constitucionales tiene la misión de favorecer el desarrollo integral de todos sus

⁵⁴⁷ Ver la Resolución No. 364-2005 de 16 de mayo de 2006, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Penal, Quito, R.O. No. 36, 8 de marzo de 2007.

miembros, adultos, niños, niñas, adolescentes y jóvenes, mujeres y hombres, con igualdad de oportunidades, muestra la debilidad de un Estado que no ha sido capaz de formular e implementar políticas públicas y otorgar las prestaciones necesarias que permitan hacer realidad la idea de justicia al interior del entorno familiar.

Las debilidades de este Estado se expresan también en la existencia de sujetos cuyos vínculos sociales han sido debilitados o están rotos. Las resoluciones judiciales se refieren a ellos frecuentemente: aquella víctima que se encontraba en una plaza pública, a quien se le acercó el acusado con ofertas laborales; o las adolescentes que un día salieron de la casa donde trabajaban con destino a otra ciudad, luego de haber sido despedidas; o el adolescente que vendía caramelos en una gasolinera; o la niña que había salido de su domicilio con la finalidad de “betunear” zapatos; o la niña que era agredida sexualmente en su lugar de trabajo; o la niña que vivía junto a su madre, quien trabajaba como empleada doméstica y fue violentada sexualmente por el patrono. Por ello, a más de las reformas legales, es indispensable promover políticas públicas que traten, de manera integral y estructural, los diferentes problemas de discriminación en contra de mujeres, niñas, niños y adolescentes. El Estado tiene un rol central en el diseño e implementación de políticas públicas orientadas a modificar las actitudes sociales discriminatorias, involucrando tanto los entes públicos y privados como a la sociedad en su conjunto.⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ Ver, por ejemplo, Gladys Acosta Vargas, *La mujer en los Códigos Penales de América Latina y El Caribe Hispano*, Quito, UNIFEM / UNICEF, 1996, pp. 63-64; y, Laura Salinas Beristán, *Derecho, género e infancia. Mujeres, niños, niñas y adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / Universidad Autónoma Metropolitana / UNICEF / UNIFEM, 2002, p. 341.

3.5.3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador frente a la violencia doméstica

En el ámbito penal, la violencia que sufren las mujeres en el entorno familiar había sido abordada en el marco del delito de lesiones. Las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los recursos de casación interpuestos respecto de las sentencias que condenaban al acusado, examinaban la manera en que la existencia del delito y la responsabilidad del imputado habían sido comprobadas por los Tribunales Penales. Básicamente, las Salas hacían referencia al informe del reconocimiento médico legal y sus conclusiones sobre cómo fueron ocasionadas las lesiones de la víctima y el tiempo que se estimaba duraría su incapacidad para el trabajo; al reconocimiento del lugar de los hechos; y, a los distintos testimonios recabados sobre los hechos ocurridos. Finalmente, analizaban la forma a través de la cual el juzgador llegaba a imponer al acusado la sanción que determinaba la norma penal correspondiente, como en el siguiente caso:

De esta manera, comprobada tanto la existencia del delito y la responsabilidad [del procesado], tratándose de lesiones que provocaron incapacidad de 40 días, se aplicó correctamente por el juzgador el inciso primero del artículo 465 del Código Penal en relación con el artículo 471 ibídem –que prescribe considerar la pena inmediata superior– cuando el delito se comete en la persona del cónyuge y por ello se impuso la pena de un año de prisión, la cual fue modificada en cumplimiento de lo que manda el mencionado artículo 73 a seis meses de prisión correccional, al existir atenuantes, facultad discrecional del juzgador, consagrada en el artículo 73 del Código Penal por la que puede sancionar a su

libre albedrío imponiendo la pena entre los márgenes mínimo y máximo que la norma punitiva establece [...] ⁵⁴⁹

Era el conjunto de evidencias y testimonios constantes en el proceso lo que permitía establecer al Tribunal Penal la situación jurídica del procesado. En general, teniendo en cuenta que la sentencia es la consecuencia lógica del análisis de la globalidad de las pruebas actuadas, valoradas con convicción sobre bases legales y certeza, las Salas concluían que los Tribunales Penales habían declarado la autoría y responsabilidad del acusado por las lesiones causadas a la víctima, sin haber transgredido norma alguna de derecho:

5º) El artículo 64 del Código de Procedimiento Penal dispone que el Juez o Tribunal apreciarán la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, como ocurre en el caso sometido a casación, cuya sentencia motivada no se circunscribe en exclusiva a los testimonios instructivos sino a la globalidad de los elementos probatorios que el fallo describe y analiza a partir de la relación interpersonal de quienes en su momento, rompieron su vínculo matrimonial bajo el mecanismo y circunstancias aludidas en el proceso, causal primigenia de las discordias ante los reclamos de la agraviada y ulterior comportamiento agresivo del recurrente, que culmina en el hecho que genera su condena penal en este juicio. ⁵⁵⁰

Los Tribunales Penales comprobaban la existencia del delito de lesiones tipificado en el artículo 464 del Código Penal, con el reconocimiento médico legal de la víctima

⁵⁴⁹ Resolución N° 410-01 de 20 de noviembre de 2001, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 489 de 8 de enero de 2002.

⁵⁵⁰ Resolución No. 53-03 de 21 de febrero de 2003, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 106 de 18 de junio de 2003.

efectuado por el médico legista de la Policía Judicial –o el realizado por el Ministerio Público–, así como por el reconocimiento legal del lugar de los hechos:

En el considerando tercero de la sentencia recurrida, el Tribunal ha establecido la existencia del delito, con el testimonio propio del Dr. Edmundo Enrique Santillán, médico legista de la Policía Judicial, quien realizó el reconocimiento médico legal de [la víctima] y determinó que la misma había sufrido varias lesiones provocadas por la acción traumática de un cuerpo contundente duro, que le significaron una incapacidad para el trabajo de ocho a treinta días [...] De igual manera, el Tribunal determinó la materialidad de la infracción, con el testimonio propio del Dr. Daniel Patricio Jarrín, perito médico del Ministerio Público, quien determinó en el reconocimiento médico legal de la víctima, la existencia de ciertas lesiones, concordando con el criterio del perito Santillán; y, por último, también se tomó en cuenta el testimonio propio del Dr. Marco Vinicio Esquitini Proaño, quien efectuó el reconocimiento legal del lugar de los hechos [...] En consecuencia, la existencia del delito de lesiones tipificado en el artículo 464 del Código Penal, ha sido comprobado conforme a derecho [...] toda vez que las lesiones causadas han provocado una incapacidad para el trabajo de 8 a 30 días.⁵⁵¹

Como se ha señalado, las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia examinaron varias sentencias impugnadas que declaraban al acusado autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 464 del Código Penal. En algunas ocasiones, la Ministra Fiscal General del Estado, en su escrito de fundamentación del recurso, expresó que el Tribunal Penal había hecho una falsa aplicación de la ley al haber omitido en su análisis que la ofendida era la cónyuge del acusado, siendo este error de

⁵⁵¹ Resolución No. 57-08 de 16 de enero de 2008, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 104, Suplemento de 8 de enero de 2010.

derecho, corregido por las Salas:

[...] Es decir, el Juzgador, ciñéndose a las reglas de la sana crítica adecua de manera correcta los hechos objeto del proceso al tipo penal preestablecido por el legislador en el Art. 464 del Código Penal, sin embargo, omite considerar lo previsto en el Art. 471 del mismo cuerpo legal, dado que la ofendida es la cónyuge del acusado, por lo que debió aplicar la sanción prevista en el Art. 465 del Código Penal y luego modificar la pena por efecto de las circunstancias atenuantes que declara comprobadas, de manera que, la sentencia vulnera los Arts. 464, 465 y 471 del Código Penal y amerita que se corrijan dichos errores de derecho, como correctamente fundamentan la acusadora particular y la señora Ministra Fiscal General del Estado, subrogante. Por las consideraciones que anteceden, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara procedentes los recursos de casación interpuestos por la acusadora particular [...] y la Agente Fiscal del Distrito de Manabí y, corrigiendo los errores de derecho declara [al acusado], autor responsable del delito de lesiones previsto en el Art. 464 del Código Penal y en concordancia con lo dispuesto en el Art. 471 ibídem, en relación con el Art. 465 del mismo cuerpo legal, se le impone la pena de seis meses de prisión correccional, pena que se modifica atenuándola conforme lo prescrito en los Arts. 29 y 73 del Código Sustantivo Penal a treinta días de prisión correccional y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América [...]⁵⁵²

A partir del estudio de las sentencias de las Salas de la Corte Suprema de Justicia se puede descubrir los alegatos del acusado orientados a desvirtuar la existencia del delito. Así, por ejemplo, éste dirá que la acusación es “fruto de la frustración sufrida por

⁵⁵² Resolución No. 234-07 de 16 de mayo del 2007, Juicio Penal No. 629-06, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 388, Suplemento de 24 de julio de 2008.

la denunciante como consecuencia de la no realización de un matrimonio prometido por el acusado al momento en que mantenía una relación sentimental con ella” o que las lesiones fueron “provocadas por una caída o resbalón”:

[...] para la Sala es evidente que los juzgadores, han valorado las pruebas antes mencionadas, con apego a estas reglas, y más aún en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal referente a la presunción del nexo causal; en efecto, los indicios que han servido de base para establecer la relación de causalidad han sido varios, relacionados, unívocos, directos y determinantes para establecer que [el acusado] fue el causante de las lesiones sufridas por la acusadora particular [...], siendo completamente inverosímil que las mismas hayan sido provocadas por una caída o resbalón, tanto más cuanto que ha habido un testigo presencial [...] que ha corroborado lo sostenido por la ofendida.⁵⁵³

Asimismo, del rastreo de los antecedentes de las sentencias que son examinadas por las distintas Salas de lo Penal es posible concluir que la violencia se produce como respuesta a las conductas de las mujeres que socialmente se considera “inadecuadas”. Por ejemplo, “ante los reclamos que le hacía su ex-conviviente para que le suministre alimentos para su hija menor de edad” el procesado “procedió a golpearla ocasionándole las lesiones que se encuentran descritas en los informes periciales”.⁵⁵⁴ De la misma manera, fueron “los reclamos de la agraviada” los que suscitaron el “ulterior

⁵⁵³ Resolución No. 57-08 de 16 de enero de 2008, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 104, Suplemento de 8 de enero de 2010.

⁵⁵⁴ Resolución No. 50-03 de 19 de febrero de 2003, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 104 de 16 de junio del 2003.

comportamiento agresivo del recurrente”.⁵⁵⁵ Claramente, la violencia masculina se suscita como una forma de imponer a las mujeres ciertas “conductas apropiadas” de esposa o madre.

Los datos que se pueden extraer del estudio de las resoluciones de las Salas también contribuyen a desmontar el mito de la unidad y la armonía familiar. En el contexto familiar es posible encontrar divisiones jerárquicas, intereses contrapuestos, injusticias y desigualdad. El espacio privado de la familia aparece como un lugar privilegiado para el ejercicio de múltiples y variadas agresiones en contra de las mujeres, como en el caso siguiente:

Con la finalidad de establecer si proceden o no los cargos que los recurrentes imputan a la sentencia, la Sala, realiza un detenido análisis de la misma y encuentra que el Tercer Tribunal Penal de Manabí, con estricto apego a derecho, luego de hacer referencia a las pruebas actuadas en la audiencia oral de juzgamiento en los considerandos primero, segundo, tercero y cuarto, con convicción y certeza, en el considerando séptimo, declara comprobada conforme a derecho la existencia material de la infracción, fundamentalmente con el testimonio del perito médico legal del Ministerio Público, doctor Vicente Párraga Bernal, quien declaró haber examinado a la ofendida encontrando varios hematomas en el cuero cabelludo y en la cara y equimosis de párpado superior e inferior de ojo izquierdo y una hemorragia conjuntival en el ángulo externo del ojo izquierdo, aspa como una hemorragia en la frente lado izquierdo, prescribiendo que requiere quince días de reposo. Además, el doctor Juan Montalvo, Neurólogo, al ratificarse en su informe, que no indica días de reposo, refirió haber examinado a la ofendida la que presentaba una severa cefalea y el testimonio anticipado de la doctora Psicóloga Clínica Sandra Carrión Rodríguez, quien

⁵⁵⁵ Resolución No. 53-03 de 21 de febrero de 2003, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal,

refiere que luego de realizar tres sesiones de entrevistas de test proyectivo J.T.P. y test de ansiedad y depresión, anota divergencias, algo de agresividad en acusado y vio que la [víctima] tenía hematomas en el ojo izquierdo y moretones, en tanto que ella refería estar cansada de tanto maltrato y humillación de su esposo; y la culpabilidad del acusado, la declara así mismo, en el considerando Séptimo en su parte final cuando expresa: “y también ha sido actuada la prueba de la culpabilidad del acusado con el testimonio de la ofendida, confirmado en sus aspectos esenciales por el testimonio propio de María Monserrate Carrillo”.⁵⁵⁶

El análisis de los hechos que motivan la presentación de la acusación por parte de las víctimas muestra los mecanismos a través de los cuales se ejerce el poder patriarcal en el espacio doméstico. En efecto, lo que el discurso hegemónico presenta como un entorno de seguridad y afecto –el domicilio conyugal o el ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges o convivientes– con mucha frecuencia representa un lugar de riesgo para la integridad de las mujeres y la de sus hijos/as, con resultados no siempre posibles de predecir. En el siguiente caso:

El enjuiciamiento fue iniciado por el Juez Cuarto de lo Penal de Chimborazo, teniendo como antecedente la acusación particular propuesta por [la víctima], quien en síntesis dice: que el miércoles 13 de noviembre de 1996, aproximadamente a las 02h15, al interior de su domicilio [...], irrumpió el [acusado], insultando a la aquí querellante y amenazando con matarla. Que con violencia la atacó lanzándole puñetazos, patadas en la cabeza, en el rostro y en otras partes del cuerpo. Que la agredida se encerró en el baño, lugar que fue abierto por el hechor quien la atacó con un objeto cortopunzante logrando

Quito, Registro Oficial No. 106 de 18 de junio del 2003.

⁵⁵⁶ Resolución No. 234-07 de 16 de mayo del 2007, Juicio Penal No. 629-06, Corte Suprema de Justicia,

herirla en la cara y en las piernas. Que luego de lanzar sobre un espejo a una de las hijas de la víctima, el agresor le dio a ésta con un cortapicos y luego trató de estrangularla. Dice la acusadora que con una pierna logró golpear los testículos del atacante, pudiendo así conseguir que le suelte el cuello, aprovechando el momento para coger a sus hijas de la casa de habitación. Que logró llegar a una casa diagonal a la suya donde [una vecina] y su familia la escondieron, mientras, según versión de los vecinos y de una de sus hijas, el agresor sacaba su vehículo del patio de la casa y daba vueltas por el sector, desapareciendo al no encontrar a [la víctima] y a sus hijas. Que los mencionados vecinos llevaron a la herida al hospital del Seguro Social, desde el cual el doctor Rivadeneira ha llamado a la Policía al ver el estado de gravedad de la perjudicada [...]⁵⁵⁷

Como es fácil advertir, ninguna de las sentencias estudiadas realiza un análisis de las relaciones de poder y dominación que originan la violencia que se ejerce en contra de las mujeres en el entorno familiar. Tampoco las decisiones de los jueces se refieren a los derechos de las mujeres que se ven amenazados o afectados a causa de las agresiones de las que son objeto.

El artículo 155 del proyecto de Código Orgánico Integral Penal⁵⁵⁸ caracteriza el delito de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar como “toda acción que consista en maltrato, físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar.” El proyecto considera miembros del núcleo familiar a las siguientes personas: “cónyuge, pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanas,

Segunda Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 388, Suplemento de 24 de julio de 2008.

⁵⁵⁷ Resolución N° 273-2001 de 27 de agosto de 2001, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 518 de 20 de febrero del 2002.

⁵⁵⁸ Proyecto de Código Orgánico Integral Penal aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional

hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación.” La violencia física es sancionada con las mismas penas previstas para el delito de lesiones aumentadas en un tercio; la violencia psicológica se sanciona con penas que van desde los treinta días a tres años, dependiendo de los daños que provoque en las víctimas; mientras que la violencia sexual se sanciona con las penas previstas en los delitos con la libertad sexual y reproductiva (artículos 156, 157 y 158 del proyecto aprobado). Por su parte, el artículo 159 del proyecto se refiere a la contravención de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, señalando que “la persona que hiere, lesione o golpee a la mujer o miembros de núcleo familiar, causándole lesiones o incapacidad que no pase de tres días, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a treinta días.”

En este contexto, surge la interrogante en torno a si es la regulación autónoma del delito de violencia intrafamiliar el mecanismo más apropiado para proteger a las mujeres que son víctimas de esta problemática. Una posible respuesta consistiría en averiguar cuál ha sido la posición de los operadores jurídicos, en el ámbito de la jurisprudencia comparada, frente al uso de los mecanismos de protección especial establecidos en la ley para tutelar el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. Dos casos analizados por la Corte Constitucional de Colombia son indicativos del rol jugado por la justicia:

En el primer caso, correspondió a la Corte Constitucional de Colombia decidir si

se legitima la prerrogativa masculina para hacer uso de la violencia cuando a una mujer amenazada de muerte por su esposo se le niega la protección, a través de la acción de tutela, alegando que ella ya no vivía en la misma ciudad que él, a pesar de que las amenazas contra su vida se dieron en la ciudad donde la mujer tenía su nuevo domicilio. A pesar de que la Corte Constitucional reconoció que, efectivamente, la conducta del demandado resultaba violatoria de los derechos fundamentales que la demandante pedía tutelar, concluyó que no toda violación de derechos fundamentales implicaba de por sí que la acción de tutela sea el medio jurídico pertinente para lograr su protección. En su opinión, no se configuraba un estado de verdadera indefensión, además, consideró que la mujer tenía expeditas las acciones de tipo penal para repeler las agresiones que contra su vida y su intimidad había llevado a cabo su esposo, manifestando:

Tal como se explicó [...], la indefensión como requisito de la procedencia de la acción de tutela por motivos de violencia intrafamiliar requiere como factor determinante el que esa violencia sea ejercida en el ámbito doméstico del hogar. De esta manera, establecido que en el caso bajo examen la solicitante no convive con el demandado y que incluso tienen su residencia fijada en municipios distintos, estima la Sala que no existe un verdadero estado de indefensión que haga prosperar la presente acción, en cuanto se dirige contra un particular.⁵⁵⁹

En su análisis la Corte Constitucional olvida que las agresiones domésticas también pueden tener lugar, aunque fuera del domicilio conyugal, dentro del

⁵⁵⁹ Isabel Cristina Jaramillo, “Familia”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American

ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges. El Alto Tribunal desconoce, asimismo, que un factor que incrementa la posibilidad de que la mujer llegue a sufrir una nueva agresión es que se haya atrevido a denunciar el hecho, como en el presente caso.⁵⁶⁰

El segundo problema analizado por la Corte Constitucional consistía en determinar si se protege el privilegio masculino de acudir a la violencia contra esposas y compañeras permanentes cuando la violencia se excusa y se busca justificar alegando que la mujer también se defendió con agresiones físicas. Se trata de la situación de una mujer que convivió por más de trece años con el demandado, tiempo durante el cual fue víctima de agresiones físicas y psicológicas. La última agresión la incapacitó para trabajar por un período de quince días. El demandado alegó que la demandante se defendió lanzándole agua hirviendo y agrediéndole físicamente. La Corte Constitucional de Colombia consideró que no se configuraba un estado de indefensión y que la misma peticionaria había suscitado la discusión. Por ello, y con la finalidad de proteger los derechos de los hijos/as a vivir en un hogar libre de violencia, ordenó a los cónyuges a detener las “agresiones recíprocas”, expresando:

Para esta Corporación no se presenta con la suficiente claridad el presunto estado de indefensión que soporta la peticionaria con respecto de su compañero permanente, pues las agresiones no resultan ser unilaterales sino mutuas, lo que hace pensar que su relación no se ejerce en términos de superioridad de una de las partes y, por lo tanto, de indefensión de la otra. En el caso bajo examen, si bien se acepta que la actividad desplegada por la

University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, p. 355.

⁵⁶⁰ Jaume Solé Riera y Elena Larrauri Pijoan, “Violencia doméstica y situación de la víctima”, en *justicia*

peticionaria constituye entendible reacción contra los ataques del primero, debe tenerse en cuenta que la misma peticionaria reconoce que suscita discusión cuando su acompañante le niega dinero. Se demuestra así, cómo la irascibilidad de los compañeros aparece patente en discusiones semejantes, y cuál el peligro que para la unidad familiar representa esa misma susceptibilidad explosiva.⁵⁶¹

Con frecuencia, los jueces deciden proteger a los hijos y favorecer la institución familiar, a costa de imponer a la mujer la carga de la violencia. Muchas veces, los fallos sugieren que algunos comportamientos de las mujeres –como cuando reaccionan ante las agresiones sufridas– no las hace dignas de obtener la protección que demandan. Por ello, la pretensión de dar respuesta a las reivindicaciones de las mujeres con la regulación del delito de violencia doméstica se enfrenta a varios obstáculos, por ejemplo, el deseo de los actores jurídicos de preservar la unidad familiar y la incapacidad del sistema judicial para resolver las necesidades primordiales de las mujeres que demandan atención especializada, entre otros.⁵⁶²

Que las reformas penales no hayan servido para mejorar las condiciones de vida de las mujeres también puede ser ilustrado con el caso español y las dificultades que se originaron en la configuración doctrinal y jurisprudencial del elemento de la habitualidad en el delito de violencia doméstica, por ejemplo, al ser concebida la habitualidad como un concepto fáctico que exigía la realización de tres actos de violencia física, o al solicitarse prueba de una situación de violencia reiterada o de un

99, N°1, Barcelona, Jose María Bosch Editor, 1999, pp. 67-82.

⁵⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-199 de 1996. Ver: Isabel Cristina Jaramillo, Ob. cit. pp. 358-359.

⁵⁶² Elena Larrauri, “Control formal:… Y el Derecho penal de las mujeres”, en Elena Larrauri, comp., *Mujeres, derecho y criminología*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, S. A., 1994, pp. 99-100.

estado permanente de violencia, o cuando se planteaba la imposición de una sanción siempre que las agresiones familiares alcancen la intensidad suficiente para provocar la lesión o poner en grave riesgo los bienes jurídicos protegidos en este tipo de delitos. En los demás casos “de menor entidad” se planteaba que la respuesta debería provenir de la jurisdicción civil.⁵⁶³

Se duda de los efectos positivos del abordaje de la violencia intrafamiliar desde el ámbito penal, incluso, del derecho penal garantista orientado por el principio de intervención mínima. Se aboga más bien por una intervención menos coactiva y más integral que podría venir del derecho civil, específicamente, del derecho de familia, a través de juzgados o tribunales especializados. Desde el ámbito civil se podrían abordar los conflictos judiciales que atañen a la familia y a cada uno de sus integrantes, a través de una intervención estatal de carácter colaborativo, de acompañamiento y propulsora de cambios radicales. Es desde el ámbito civil –no desde el ámbito penal-represivo– que los casos de violencia intrafamiliar podrían ser reparados.⁵⁶⁴

En este mismo sentido, se cuestiona la tendencia a enfrentar la violencia doméstica con el aumento de las penas o la incorporación de supuestos no previstos por la ley penal. El principal problema con el que se encuentra la mujer es conseguir protección frente al agresor, por ello, el tema primordial que se debería afrontar es la implementación –así como su utilización, por parte de los jueces– de medidas cautelares. En efecto, la solución no se encuentra en la severidad de las penas o en la inclusión de nuevos tipos penales, sino en una adecuada aplicación de mecanismos

⁵⁶³ Raquel Campos Cristóbal, “La habitualidad en el delito de violencias habituales en el ámbito familiar”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° XXIV, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 133-145.

⁵⁶⁴ Andrés Gil Domínguez y María Victoria Fama, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires,

que otorguen protección efectiva a la mujer.⁵⁶⁵

Evidentemente, el tema de fondo tiene que ver con la situación de la víctima –en este caso, la mujer que sufre la violencia doméstica– en el actual modelo de proceso penal. A más de los efectos negativos para la víctima que se derivan directamente del delito, especial importancia merece el análisis de los efectos de la victimización secundaria, como consecuencia de la situación en la que se encuentra la víctima en el proceso penal:

En la medida en que el proceso penal está orientado hacia el imputado-autor del daño, la experiencia de la víctima con el aparato del Estado por razón de la causa penal en la que se ve afectada, aún añade un plus negativo a la ya de por sí dramática situación que ha de soportar. El hecho que frecuentemente la víctima del delito no tenga información sobre sus derechos, que no reciba la atención jurídica correspondiente, que sea completamente mediatizada en su problema y que, más aún, en muchos casos, reciba un tratamiento que le significa ahondar la afectación personal sufrida con el delito, implica que los operadores del sistema penal procesal le determinan sus características de desamparo e inseguridad, con lo cual se reafirma su etiqueta de víctima.⁵⁶⁶

En muchas ocasiones, el abandono social de la víctima de violencia doméstica, su etiquetamiento, las presiones a las que se ve sometida, los riesgos que genera su participación en el proceso penal, las escasas oportunidades de tutela, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, la duración del proceso, etc., producen efectos

Editar, 2006, pp. 421-426.

⁵⁶⁵ Jaume Solé Riera y Elena Larrauri Pijoan, Ob. cit., pp. 50-51.

tan dolorosos para ella como los que resultan del delito. Se exige la tutela de la víctima, a través de una serie de medidas, dictadas de oficio por el órgano jurisdiccional competente o a instancia de la parte que ha resultado perjudicada, tanto de contenido personal como patrimonial, con el objetivo primordial de dar protección inmediata a la víctima de la violencia doméstica. El proceso penal, entonces, debe ser visto como un instrumento de tutela de los derechos de la víctima.

Si la pretensión punitiva del Estado, por consiguiente, la imposición de una pena, es el fin que el proceso penal intenta alcanzar, los intereses, expectativas y necesidades de las víctimas quedarán postergados frente a tal objetivo. En este contexto, parece más apropiado optar por regular la violencia doméstica fuera del derecho penal y organizar respuestas a los conflictos intrafamiliares de los que resulta víctima la mujer desde ópticas que no sean las represivas.

3.5.4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador y los asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujeres

Un sector del movimiento feminista latinoamericano ha luchado porque los asesinatos de mujeres motivado en el sexo de las víctimas, sea identificado como un tipo especial de asesinato y sea denominado como femicidio. La propuesta se originó en el contexto de las desapariciones, torturas y asesinatos de mujeres en México y Guatemala, cuya motivación parece estar relacionada con la juventud y el sexo de las víctimas, y con un desprecio hacia ellas exteriorizado en conductas sexuales extremadamente violentas, lo cual, unido a la actitud de indiferencia,

⁵⁶⁶ Jaume Solé Riera y Elena Larrauri Pijoan, Ob. cit., pp. 52-53.

negligencia o mala fe de las autoridades encargadas de investigar los delitos, ha generado un clima de zozobra e impunidad. En efecto:

Las denuncias por tortura y asesinatos de mujeres en la región, especialmente en México y Guatemala, responsabilizan a los Estados por la impunidad y la persistencia de estos delitos, e insisten en que no se pueden confundir con las cifras generales de criminalidad. Las denuncias sostienen que estos crímenes revelan la discriminación contra la mujer, no sólo porque el sexo es su principal motivación, sino también porque las autoridades los ignoran deliberadamente, reproducen estereotipos (un argumento recurrente de las autoridades, por ejemplo en los casos de niñas desaparecidas, consiste en suponer que éstas pudieron haberse escapado con el novio) y no investigan el delito ni castigan a los culpables [...]⁵⁶⁷

El femicidio aparece como el resultado final de una serie de comportamientos violentos que intentan imponer a las mujeres conductas que se consideran “apropiadas” para ellas, en ámbitos como el doméstico. Se destaca en esta problemática una relación de poder o de confianza, se ésta de orden afectivo, familiar o jerárquico, de hecho o de derecho.

En el caso del Ecuador, habiéndose planteado a la Asamblea Nacional el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, diversas organizaciones de mujeres promovieron varias acciones de movilización social, reflexión, construcción de propuestas y negociación política, orientadas a visibilizar la necesidad de que se incorpore en la ley penal el femicidio como delito autónomo. El artículo 141 del proyecto de Código

⁵⁶⁷ Julieta Lemaitre, Ob. cit. p. 556.

Orgánico Integral Penal aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional tipifica el femicidio de la siguiente manera: “La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años” (la misma pena prevista para el asesinato).

Por su parte, el artículo 142 del proyecto aprobado describe las circunstancias agravantes del femicidio que, cuando concurren, obligan al juzgador/a a imponer el máximo de la pena: 1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; 2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad; 3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima; y, 4. Si el cuerpo de la víctima es expuesto o arrojado en un lugar público.

En el país esta problemática venía siendo abordada en el marco de la regulación de los delitos de homicidio y asesinato. Y es a partir del análisis que realizaron las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en los recursos de casación de las sentencias que condenaron al acusado, que fue posible profundizar el análisis de este tema. Veamos algunos ejemplos.

Un Tribunal Penal de Pichincha dictó sentencia condenatoria en contra del procesado, declarándolo autor del delito previsto y reprimido en el artículo 450 del Código Penal⁵⁶⁸, e imponiéndole la pena modificada de doce años de reclusión mayor

⁵⁶⁸ Art. 450 del Código Penal: “Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: 1a.- Con alevosía; 2a.- Por precio o promesa remuneratoria; 3a.- Por medio de inundación, veneno, incendio, o

extraordinaria, por cuanto obraban en su favor atenuantes. La sentencia examinada refiere que los peritos médicos a cargo de la autopsia examinaron un tronco humano de sexo femenino, con signos de decapitación a nivel del tercio inferior del cuello y sección del tercio inferior del abdomen, con cinco heridas en la región torácica de dieciocho a veintidós centímetros de extensión y dos heridas lineales a nivel de los pezones, encontrándose cercenadas las uñas de todos los dedos excepto las de los pulgares, concluyendo que la causa de la muerte de la víctima se debió a un descuartizamiento. De la prueba testimonial analizada por el Tribunal Penal se desprende que el carácter del encausado era violento, que varias veces atacó físicamente a la víctima al punto de dejarla con huellas visibles en el rostro y otras partes del cuerpo, “y que no pudo soportar el anuncio que le hiciera la fallecida en el sentido de poner término a sus relaciones y su decisión de optar por otro pretendiente”. Respecto de las circunstancias atenuantes encontradas por el Tribunal Penal, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia dijo lo siguiente:

La segunda atenuante, esto es la ejemplar conducta observada –numeral séptimo del Art. 29– tampoco existe, pues de toda la relación que se ha hecho en la sentencia al considerar la situación sentimental del procesado con la víctima, se pone de manifiesto su peligrosidad, ya por las múltiples escenas de disensión que mantuvo con ella, ya especialmente por el hecho insólito e incalificable de haber agredido físicamente a su propia madre, lo cual lejos de configurar una atenuante, pone en evidencia la peligrosidad

descarrilamiento; 4a.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; 5a.- Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse; 6a.- Por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos; 7a.- Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio; 8a.- Con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer; y, 9a.- Como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible. 10. Con odio o desprecio en razón de raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual

del individuo y su falta absoluta de ética al consumar un ultraje físico a su propia madre. De este modo no queda en su favor sino una sola atenuante y queda por lo mismo excluida la posibilidad de moderar la pena en acatamiento a lo que prescriben los Arts. 72 y 73 del Código Penal.⁵⁶⁹

En consecuencia, habiendo identificado un error de derecho y violación de la ley en el fallo del Tribunal, la Primera Sala de lo Penal declaró procedente el recurso de casación interpuesto por el acusador particular y enmendando dicho error casó la sentencia, declarando al acusado autor y responsable de la comisión del delito de asesinato e imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria.

En otro caso, un Tribunal Penal de El Oro pronunció sentencia condenatoria en contra de un oficial del ejército, a quien le impuso la pena modificada de seis años de reclusión menor, por ser autor del delito que tipificaba y sancionaba el artículo 449 del Código Penal.⁵⁷⁰ El delito ocurrió en las instalaciones de un cuartel militar, siendo la víctima atacada por dos oficiales, quienes trataron de violarla, pero como ella se opuso y se defendió, los militares le dispararon en la cabeza, causándole la muerte. Para la reducción de la sanción el Tribunal había tomado en cuenta que el encausado no registraba antecedentes penales y que había acreditado buena conducta anterior, estimando que en esta forma se habían justificado atenuantes. Sobre la tipificación de la infracción, la Ministra Fiscal General manifestó lo siguiente:

o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, de la víctima.”

⁵⁶⁹ Resolución No. 388 - 95 – OR de 3 noviembre de 1999, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 89 de 1 de junio de 2000.

⁵⁷⁰ Art. 449 del Código Penal: “El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.”

“Evidentemente, el Primer Tribunal de El Oro, al dictar su sentencia ha incurrido en error del derecho por ampliar equivocadamente la ley, mal interpretándola, pues reconoce probada la existencia de la primera circunstancia que configura el asesinato según el Art. 450 del Código Penal, al señalar el uso de un arma de fuego frente a una mujer indefensa, lo que como antes se analizó constituye alevosía por lo súbito y violento del ataque, sin peligro para el atacante, que obró sobre seguro de lograr su propósito de matar a la agraviada [...] siendo el objeto del recurso de casación, la corrección de la violación de la ley, al haber calificado el delito e impuesto el Tribunal Penal una pena que no es la que debía fijarse, resulta obvio que el Primer Tribunal de El Oro hizo una falsa aplicación de la ley, a saber: de los Arts. 450 No. 1, 29 y 73 del Código Penal, pero no por motivos que invoca el recurrente sino por haber calificado el hecho como homicidio, cuando es asesinato y el haber considerado atenuantes sin haberlas, por lo que es mi criterio que debe enmendarse de oficio la sentencia impugnada [...]”.⁵⁷¹

Luego de analizar la sentencia impugnada, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que la parte dispositiva no guardaba armonía con la parte motiva, tal como había destacado la representante del Ministerio Público, razón por la cual, casó la sentencia de oficio y, corrigiendo el error de derecho, declaró que el procesado era autor responsable del delito que describe y sanciona el Art. 450, numeral 1 del Código Penal, sin que proceda considerar circunstancias atenuantes. Sin embargo, “siendo el procesado único recurrente no puede agravarse su situación jurídica por la prohibición de la *reformatio in pejus* que consagran el Art. 24, numeral 13 de la Constitución Política, y Art. 347 del Código de Procedimiento Penal”, por lo que concluyó que no le podía imponer la sanción que correspondía a la infracción cometida.

⁵⁷¹ Resolución N° 124-2001 de 10 de junio de 2001, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial N° 411, 13 de septiembre de 2001.

De la misma manera, un Tribunal Penal de Pichincha impuso al procesado la pena de diez años de reclusión mayor ordinaria, como autor del delito de homicidio simple en una mujer de 85 años y lesiones a una niña. El Ministro Fiscal General subrogante en su dictamen sostuvo que debía rechazarse el recurso considerando que hubo alevosía en el hecho y que se lo ejecutó abusando de la confianza entre el agresor y la víctima, porque aquél era sobrino de la fallecida y primo de la niña lesionada:

Estudiada la sentencia impugnada por parte de la Sala, se encuentra que [...] ha incurrido en error en los siguientes aspectos: a) No se ha tomado en cuenta la alevosía con que actuó el encausado, al agredir gravemente con un palo a una anciana de 85 años de edad, como fue la [fallecida], esto es a una persona indefensa, que ninguna acción pudo realizar para repeler o impedir el ataque, y con el mismo instrumento contundente a una niña de 11 años de edad, [...] cuya gravedad de las lesiones consta en el informe médico legal de fs. 23, lo que convertía el hecho en asesinato, de acuerdo con el Art. 450 número primero del Código Penal, esto es que hubo error en la tipificación del delito [...] ⁵⁷²

A pesar del error de derecho identificado en la sentencia recurrida, que determinaba que se deba imponer al acusado el aumento de la pena, sin embargo, con fundamento en lo que disponían los artículos 24, número 13 de la Constitución Política del año 1998 y 328 del Código de Procedimiento Penal del año 2000, siendo el procesado el único recurrente, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia concluyó que no podía empeorar su situación jurídica.

En un nuevo caso, un Tribunal Penal de Pichincha dictó sentencia condenando al encausado a la pena de ocho años de reclusión menor ordinaria, como autor del delito

⁵⁷² Resolución No. 286-02 de 2 de julio de 2002, Juicio Penal No. 554-99, Corte Suprema de Justicia,

tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, en perjuicio de su esposa. La Sala consideró que en la sentencia examinada se había cometido un error de derecho en la tipificación de la infracción, al hacer apreciado un homicidio simple de acuerdo con el artículo 449 del Código Penal y no un parricidio o uxoricidio al tenor del artículo 452 del mismo cuerpo legal:

Del estudio de la sentencia por parte de la Sala se infiere que hay una correcta apreciación de la prueba, tanto en lo relacionado con la existencia material del delito, muerte de la [esposa], como en lo relacionado con la responsabilidad del procesado, autor del disparo que causó la muerte de la occisa, en presencia de sus hijos menores de edad y luego trató de suicidarse, sin conseguirlo, pero comete error de derecho en la tipificación de la infracción, al hacerlo como homicidio simple de acuerdo con el Art. 449 del Código Penal y no como parricidio o uxoricidio al tenor del Art. 452 ibídem [...]⁵⁷³

Siendo un caso de homicidio agravado, éste debía ser sancionado con la pena de doce a dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, en lugar de ocho años de reclusión menor ordinaria. No obstante, teniendo presente que la Constitución Política de 1998, en su artículo 24, numeral 13, impedía empeorar la situación jurídica del condenado si éste era el único recurrente, la Sala declaró improcedente el recurso de casación interpuesto.

En otra ocasión, un Tribunal de lo Penal de Pichincha condenó al procesado a doce años de reclusión mayor ordinaria como autor del delito de homicidio de su ex-conviviente. En opinión de la Sala de Casación, el encausado había obrado con

Segunda Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 674 de 1 de octubre de 2002.

⁵⁷³ Resolución No. 72-03 de 12 de febrero de 2003, Juicio Penal No. 362-01, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 107 de 19 de junio del 2003.

conciencia y voluntad cuando llegó al domicilio de su ex-conviviente “movido por los celos para reclamarle por la situación de traición de que fue objeto”, razón por la cual desechó el recurso de casación interpuesto por el acusado, expresando:

Al sustanciarse la etapa plenaria, obra en contra del recurrente la denuncia sobre maltratos [de su ex conviviente], presentada y reconocida en legal forma ante la Comisaría Sexta de Policía de la Mujer y la Familia de Quito, el día 30 de junio de 1999; a las 10h45, esto es, dos meses antes aproximadamente al día en que ocurrió el hecho materia del presente juicio penal, antecedente que en armonía con las diligencias probatorias de cargo y el contenido del acta de la audiencia pública de juzgamiento, sustentan el fallo condenatorio motivado como exige la Constitución y la ley, sin que las alegaciones defensivas del sentenciado recurrente, hubieren sido demostradas en el proceso.⁵⁷⁴

En el mismo sentido, un Tribunal Penal de Napo dictó sentencia en contra del acusado, como autor responsable del delito de parricidio y le condenó a la pena reemplazada de cinco años de prisión correccional. El representante del Ministerio Fiscal General del Estado, al fundamentar el recurso de casación, señaló que, si se había justificado que el acusado era el autor del delito de parricidio, el Tribunal Penal debió imponerle la pena allí señalada y al no hacerlo había violado la ley en su texto. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, la Tercera Sala de lo Penal declaró procedente el recurso de casación interpuesto, al encontrar que el tipo penal aplicable era el contenido en el artículo 452 del Código Penal:

⁵⁷⁴ Resolución N° 171-03 de 16 de mayo de 2003, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 134 de 28 de julio del 2003.

[...] del texto de la sentencia se advierte que los actos antijurídicos realizados por el acusado se encasillan en el Art. 452 del Código Penal, que reprime con reclusión mayor especial de 16 a 25 años, a los que a sabiendas y voluntariamente mataren a cualquier ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano. En el presente caso aunque no se ha demostrado con la partida de matrimonio que [el acusado fue cónyuge de la víctima], en ningún momento ha negado que ésta fue su mujer, por lo que no era imprescindible haber probado tal acto. Por otra parte el Art. 57 del Código Penal, dice que no se impondrá pena de reclusión al mayor de 60 años y el que cometiera un delito reprimido con reclusión, cumplirá la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional, pero en ninguno de sus incisos faculta al Juez para que reemplace la pena de reclusión por 5 años de prisión, tanto más cuanto que el homicidio cometido en las personas indicadas en el Art. 452 del Código Penal causa gran alarma a la sociedad por quebrantar principios fundamentales de carácter afectivo y por eso la ley es más drástica en su sanción [...].⁵⁷⁵

Del mismo modo, un Tribunal Penal de Sucumbíos (Nueva Loja) condenó al acusado a la pena modificada de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, como autor del delito de asesinato de su esposa, quien habría fallecido en el interior de una habitación de un hotel, a causa de “un corte en el cuello”. A partir del análisis de la sentencia impugnada, la Sala encontró que, por las circunstancias en que se produjo el hecho, los medios empleados y los antecedentes que habían sido destacados por los juzgadores, “no había duda alguna de que el recurrente era el autor de la muerte de su esposa y que lo había hecho con alevosía”, manifestando:

⁵⁷⁵ Resolución No. 119-2005 de 9 de mayo de 2006, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 32 de 2 de marzo de 2007.

[...] en el número cuarto de su contestación a la fundamentación del recurso, sostiene el señor Ministro Fiscal que todas las constancias procesales analizadas, le han llevado al juzgador a la convicción de que se encuentra justificada tanto la existencia del delito de asesinato como la responsabilidad del acusado que ha sido sustentado sobre la afirmación del médico forense que para producir las lesiones descritas, encontradas en la víctima, se requiere de una fuerza mayor para llegar a esos planos profundos, además de que se ha considerado por parte del Tribunal que [la esposa] en vida fue víctima de agresiones físicas y psicológicas por parte de su cónyuge [...], que incluso había sufrido dos abortos y por eso obtuvo protección de la Comisaría de la Mujer, afirmando que el asesinato se realizó con alevosía [...]⁵⁷⁶

Por su parte, un Tribunal Penal del Guayas dictó sentencia en contra del procesado por considerarlo autor del delito tipificado y reprimido en el Art. 450 con las circunstancias 1, 4, 5 y 7 del Código Penal, en concordancia con el Art. 452 del mismo Código, por lo que le aplicó la pena de veinticinco años de reclusión mayor especial. De acuerdo con los testimonios de los peritos que practicaron la autopsia de la víctima, el reconocimiento del exterior del cadáver y el reconocimiento del lugar de los hechos, el cuerpo presentaba varias laceraciones, orificios de entrada y de salida de disparos y una esquirla de proyectil en la mano de la fallecida. El cadáver había sido encontrado en el fondo de un barranco de dos metros de profundidad, rodeado de montañas, cerros, árboles y arbustos, y alejado de las viviendas. La Sala concluyó que existían varios indicios que, necesariamente, conducían a establecer la autoría y responsabilidad del

⁵⁷⁶ Resolución N° 54-2007 de 7 de enero de 2008, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal,

acusado en el cometimiento del delito objeto del juicio, por lo que rechazó el recurso de casación interpuesto por él, expresando:

Igualmente la Sala observa que el Tribunal juzgador establece la responsabilidad del acusado como autor del delito objeto del juicio con las pruebas constitucionalmente actuadas y que son: 1) El testimonio de Jhon Freddy Reyes Rodríguez que afirma conocer al acusado, ya que era adicto a las drogas y el terapeuta, que le había dicho que tenía problemas de carácter y de conducta con su mujer e hijos, y que había golpeado a su mujer porque sospechaba que tenía otro. 2) El testimonio de Yudy Rosales Plúa quien manifiesta en lo principal que [la víctima] le decía que su esposo era celoso, que la agredía y que por los problemas con su esposo se vino a vivir a la península. 3) El testimonio de [la] madre de la hoy occisa, quien manifiesta en lo principal que el acusado siempre maltrataba a su hija y que ella cree que él es el responsable de su muerte. 4) El testimonio de Tito Isaac Neira Loor, que manifiesta haber presenciado dos peleas entre la ahora occisa y el acusado, la primera por un dólar el seis de junio del 2004 a las 11h00 de la mañana cuando el acusado le pegó un golpe a la hoy occisa en la cara y le partió el labio, y la otra el 13 de octubre del 2004, en la que el acusado estaba bastante violento.⁵⁷⁷

De los datos que nos proporcionan estos fallos es posible concluir que los atentados contra la integridad personal y la vida de las mujeres están motivados en el sexo de las víctimas. En primer lugar, los comportamientos violentos de los agresores buscan imponer determinadas conductas socialmente exigidas a las mujeres. Ciertamente, en los casos analizados, la violencia masculina se exagera debido a la

Quito, Registro Oficial No. 56 de 28 de octubre de 2009.

⁵⁷⁷ Resolución N° 45-08 de 11 de febrero de 2008, Juicio Penal N° 482-06, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 84 de 9 de diciembre de 2009.

decisión de la mujer de dejar el domicilio conyugal⁵⁷⁸, a su voluntad de poner fin a la relación⁵⁷⁹, a la resistencia que opone frente a una agresión sexual⁵⁸⁰, o porque culturalmente no se tolera la “traición” de una mujer⁵⁸¹. En segundo lugar, los signos externos de violencia que se describen en las autopsias⁵⁸² o las referencias a la forma en que se perpetró el delito⁵⁸³ evidencian el desprecio del agresor por la víctima o su deseo de humillarla. En tercer lugar, en la generalidad de los casos, la agresión que causa la muerte de la mujer representa el último eslabón de una cadena de violencias experimentadas en el ambiente doméstico o en el ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges o convivientes.⁵⁸⁴ Las denuncias presentadas en las Comisarías de la Mujer y la Familia⁵⁸⁵ son una muestra de que estamos ante una situación de violencia sostenida en el tiempo que culmina con la muerte de la mujer.

Las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia frente a los recursos de casación que impugnan las sentencias dictadas por los Tribunales de lo Penal, generalmente, acogen los argumentos del acusador particular o del Ministerio Público sobre lo que estiman un error en la calificación del delito como homicidio simple cuando en realidad se trata de asesinato o parricidio. En algunos casos, las Salas declaran procedente el recurso interpuesto y enmiendan el error de derecho. En otros casos, a pesar de que las Salas están de acuerdo en que la sentencia examinada comete un error de derecho en la tipificación de la infracción, sin embargo, al ser el procesado

⁵⁷⁸ Ver caso N° 45-08.

⁵⁷⁹ Ver caso N° 388 - 95 - OR.

⁵⁸⁰ Ver caso N° 124-2001.

⁵⁸¹ Ver los casos: N° 17-03; N° 171-03; N° 388 - 95 – OR; N° 45-08.

⁵⁸² Ver los casos: N° 388 - 95 - OR; N° 17-03.

⁵⁸³ Ver los casos: No. 17-03; No. 72-03.

⁵⁸⁴ Ver los casos: N° 388 - 95 - OR; N° 45-08.

⁵⁸⁵ Ver los casos: N° 171-03; N° 54-2007.

el único recurrente no pueden agravar su situación jurídica, debido a la prohibición que consagraba el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política de 1998.

No obstante, la resolución de un Tribunal Penal de Pichincha⁵⁸⁶ merece atención particular. Este Tribunal había dictado sentencia condenando al procesado a la pena modificada de seis años de reclusión menor, como autor del delito de homicidio simple en perjuicio de su conviviente, delito tipificado en el artículo 449 del Código Penal. Las lesiones justificadas con el protocolo de autopsia y la historia clínica del Hospital Eugenio Espejo fueron de tal gravedad que habían causado la muerte violenta de la víctima:

[...] prueba que relacionada con la declaración preprocesal rendida por el encausado ante el Fiscal, con la presencia de su defensor, en la que explica su enfurecimiento al encontrar a su conviviente desnuda yaciendo con otro hombre, comenzó dándole golpes en todo el cuerpo, que como ella cogiera un palo de eucalipto con un clavo en la punta, aprovechando un descuido le arrebató el mismo, le agredió con tal instrumento, introduciéndole, sin precisar si fue en el ano o en la vagina, luego salió del cuarto y se dirigió a una cantina donde libó por el lapso de una hora, regresando a su casa y encontrándole a su conviviente en la calle completamente desnuda, a quien la abandonó, ingresando a su casa a descansar, circunstancias estas que reflejan su ánimo homicida, ya por el cuerpo contundente utilizado –palo de eucalipto con un clavo en la punta– como por la multiplicidad de golpes propinados a la víctima en diferentes partes del cuerpo, inclusive produciendo una herida punzocortante de cuatro centímetros en la región anal izquierda y traumatismos cráneo encefálicos, que desencadenaron su fallecimiento, las zonas del

⁵⁸⁶ Resolución No. 17-03 de 7 de enero de 2003, Juicio Penal No. 534-01, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 92 de 29 de mayo de 2003.

cuerpo de la víctima que fueron afectadas, principalmente el cráneo, todo lo que denota que no tuvo intención únicamente de hierirla o golpearla sino la de matarla [...].⁵⁸⁷

Una vez estudiada la sentencia, la Segunda Sala de lo Penal concluyó que la misma guardaba total armonía en su parte expositiva con la resolutive y que la tipificación del hecho como homicidio simple, así como la reducción de la pena por la presencia de dos circunstancias atenuantes, de acuerdo con los artículos 449, 29 números 6 y 7, y 72 del Código Penal, en efecto, ameritaban que se establezca la condena de seis años de reclusión menor, como lo había hecho “acertadamente” el Tribunal Penal.

En este caso, la Segunda Sala de lo Penal no cree que la parte expositiva de la sentencia pueda conducir a una decisión diferente. En tanto que en otros casos, la interpretación que las Salas aceptaban de la alevosía tenía que ver con lo súbito y lo violento del ataque, sin peligro para el atacante que obra sobre seguro para lograr su propósito⁵⁸⁸, el hecho de que la agresión se dirija a una persona indefensa que no puede repeler o impedir el ataque⁵⁸⁹, o a la afirmación del médico forense de que para producir las lesiones encontradas en la víctima se requiere de una fuerza mayor⁵⁹⁰.

En este caso, la Segunda Sala de lo Penal no consideró un posible error de derecho en el fallo del tribunal, cuando omite el análisis de los elementos que configuran la alevosía. En efecto, la Sala legitima la interpretación del tribunal, el cual

⁵⁸⁷ *Ibidem.*

⁵⁸⁸ Resolución N° 124-2001, 10 de junio de 2001, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial N° 411, 13 de septiembre de 2001.

⁵⁸⁹ Resolución No. 286-02 de 2 de julio de 2002, Juicio Penal No. 554-99, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Quito, Registro Oficial No. 674 de 1 de octubre del 2002.

⁵⁹⁰ Resolución N° 54-2007 de 7 de enero de 2008, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal,

no aprecia alevosía en el hecho de que la agresión se haya perpetrado a través de “un palo de eucalipto con un clavo en la punta”, o en “la multiplicidad de golpes propinados a la víctima en diferentes partes del cuerpo, inclusive produciendo una herida punzocortante de cuatro centímetros en la región anal izquierda y traumatismos cráneo encefálicos, que desencadenaron su fallecimiento” descritos en el protocolo de autopsia y en la historia clínica de la víctima. Más aún, en el análisis de la sentencia impugnada, la Segunda Sala de lo Penal omite hacer mención a que la alevosía puede ser examinada de manera distinta según el género de los sujetos, por ejemplo, en cuanto a la desproporción de fuerzas que existe entre hombres y mujeres, pero también porque para que el ataque de una mujer tenga éxito, debe ser realizado de forma desprevenida, mientras que el marido no necesita que la mujer esté inadvertida o indefensa para provocarle la muerte.⁵⁹¹

Tres datos distinguen a éste de otros casos estudiados: a) el hecho que desencadena la violencia masculina –como refiere el fallo, “el encausado explica su enfurecimiento al encontrar a su conviviente desnuda yaciendo con otro hombre”; b) el que la víctima haya intentado defenderse de los golpes que recibió del agresor; y, c) la benignidad de la pena –en relación con las que se impone en otros casos– como consecuencia de la caracterización del delito como homicidio simple en lugar de asesinato. Al parecer, todavía persiste en la mente de los juzgadores aquel privilegio que

Quito, Registro Oficial No. 56 de 28 de octubre de 2009.

⁵⁹¹ Para un análisis de este tema: Luz Rioseco Ortega, “Culminación de la violencia doméstica: Mujeres que asesinan a sus parejas – defensas penales posibles”, en: Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999, p. 711; Elena Larrauri, “Una crítica feminista al Derecho penal”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996, p. 55; Francisco Muñoz Conde, “La mujer víctima del delito sexual”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996, pp. 37-43; y, Julieta Lemaitre, “Violencia”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, pp. 593-602.

históricamente consagraron los Códigos Penales en favor del marido que daba muerte a la esposa sorprendida en adulterio, amparando la potestad y el dominio del marido sobre la esposa y consagrando, de este modo, una evidente discriminación en contra de la mujer.

Por lo expuesto, frente a la inclusión de la regulación del delito de femicidio en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, es importante considerar no sólo las dificultades “técnicas” que pueden existir en la caracterización del tipo penal, sino también los esquemas sexistas que se expresan en la aplicación e interpretación de las normas penales:

Las reformas penales, por lo tanto, se enfrentan con dificultades que superan con creces los tibios remiendos a ciertos artículos e incisos. Implican enfrentarse a una tradición jurídica que, casi desde su concepción como derecho moderno, ha excluido a las mujeres tanto en el papel de agresoras como en el de víctimas, y por lo tanto tiene un *modus operandi*, unos principios, unas técnicas legislativas, una forma de comprender los derechos y un prototipo de ser humano razonable que no se compadece de la situación femenina, o lo hace con dificultad.⁵⁹²

Si la experiencia dice que el Estado se ha mostrado indolente frente a los asesinatos sexuales o a la violencia sexual perpetrados en la región, si el proceso penal se ha manifestado incapaz de proteger adecuadamente a las mujeres víctimas de la violencia de género, si todavía los operadores jurídicos reproducen ideas que legitiman en la práctica la potestad masculina, entonces, es posible dudar de la

⁵⁹² Julieta Lemaitre, Ob. cit., p. 581.

efectividad del Derecho Penal para lograr –en forma exclusiva– la transformación de los imaginarios en torno al deber ser de cada sexo y contribuir a la emancipación de las mujeres.

CAPÍTULO IV:

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES CON LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DEL AÑO 2008

El escenario de la Asamblea Constituyente del año 2008 representaba para el movimiento de mujeres una nueva oportunidad para implementar “cambios de fondo”. La nueva Carta Constitucional podría llegar a ser verdaderamente transformadora si lograba vincular las demandas de justicia, diversidad e igualdad entre mujeres y hombres, con otros temas constitucionales. Las propuestas del movimiento de mujeres ya no debían estar circunscritas únicamente a los asuntos socialmente asignados a las mujeres, sino al diseño institucional del nuevo Estado, al modelo de participación ciudadana, y al nuevo modelo de desarrollo basado en la redistribución y la justicia económica. La tarea consistía en combinar las demandas de reconocimiento –que pretenden un mundo abierto a la diferencia– y las exigencias de redistribución –que buscan una distribución más justa de bienes y recursos–, es decir, construir una “concepción bivalente de la justicia” que pudiera abarcar tanto dimensiones económicas como dimensiones culturales.⁵⁹³

Considerar dimensiones económicas, desde una perspectiva de género, significaba reconocer la división que existe entre el trabajo remunerado productivo y el trabajo no remunerado reproductivo y doméstico, así como la división todavía presente

⁵⁹³ Nancy Fraser, “La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución,

al interior del trabajo remunerado entre las ocupaciones industriales y profesionales mejor remuneradas, predominantemente realizadas por hombres, y las ocupaciones domésticas menos remuneradas, preponderantemente desempeñadas por mujeres. Asimismo, tener en cuenta dimensiones culturales, a partir de un enfoque de género, implicaba mostrar que debido a prejuicios profundamente arraigados en la sociedad, las mujeres –y otras colectividades como los indígenas, los afro-descendientes, las personas menores de edad, los grupos GLBTI– tienen el riesgo de ser menospreciados socialmente. Por ende, las demandas del movimiento de mujeres debían contener propuestas dirigidas a erradicar las injusticias de reconocimiento originadas en prejuicios sociales, así como planteamientos orientados a transformar la estructura político-económica que genera modos específicos de explotación, marginalización económica y pobreza.

En efecto, la participación igualitaria en la vida social requiere de las dos condiciones mencionadas. La primera condición –objetiva– implica luchar contra la pobreza, la explotación y las disparidades de ingreso y tiempo libre, que impiden a algunas personas y colectividades interactuar con otras como iguales. La segunda condición –intersubjetiva– implica desmontar aquellos patrones culturales que menosprecian sistemáticamente algunas categorías de personas y las cualidades asociadas con ellas. En definitiva, se trata de garantizar la independencia, la voz, así como el respeto de todos los participantes.

En el contexto político de la Asamblea Constituyente, la denominada “Agenda de las Mujeres” fue debatida y construida por mujeres de diversos espacios,

reconocimiento y participación”, en *Con/textos*, N°4, Lima, Pontificia Universidad Católica del

organizaciones y redes, a partir de una serie de encuentros de carácter nacional, regional, provincial y cantonal; luego, fue sistematizada por el Consejo Nacional de las Mujeres.⁵⁹⁴ El énfasis estuvo puesto en la transformación de las estructuras de injusticia y discriminación de carácter económico, político y cultural, generadas por un sistema de explotación y empobrecimiento de la mayoría de la población, y por un sistema patriarcal que perpetúa la discriminación y la violencia contra las mujeres. Diferentes organizaciones de mujeres se movilizaron a Montecristi, visitaron las “Mesas Constituyentes” para presentar propuestas específicas, realizaron incidencia y seguimiento e instalaron un observatorio permanente en la Asamblea Nacional.⁵⁹⁵ Entre los principios y ejes fundamentales de la propuesta presentada por las mujeres organizadas estuvieron los siguientes:

1. Concebir la democracia como un proceso de construcción permanente en los espacios públicos y en la vida cotidiana. No es posible pensar la democracia en contextos donde prevalecen estructuras patriarcales, desigualdades económicas y diferentes formas de discriminación y violencia.
2. Promover la igualdad y la no discriminación como principios de la convivencia social que deben expresarse en el acceso real al poder, así como en la toma de decisiones, en el control y manejo de recursos y oportunidades. La plena igualdad y la no discriminación de las mujeres no pueden ser alcanzadas sin la aplicación de medidas de acción positiva y políticas públicas que promuevan verdaderos cambios culturales.

Perú/Facultad de Ciencias Sociales/Programa de Estudios de Género, 1998, pp. 1-16.

⁵⁹⁴ Consejo Nacional de las Mujeres, *Agenda de las Mujeres para la Nueva Constitución Ecuatoriana*, Quito, 2008, pp. 1-3.

⁵⁹⁵ Ximena Abarca Durán, “Presentación”, en Consejo Nacional de las Mujeres, *Derechos de las Mujeres en la Nueva Constitución*, Quito, 2008, p. 1.

3. Reconocer la diversidad como un principio inherente a la vida y a la condición humanas, a las experiencias colectivas y al desarrollo de las sociedades y culturas. Es imperativo que el Estado reconozca, respete y favorezca la diversidad.
4. Promover la independencia del Estado de cualquier influencia religiosa o dogmática que pueda restringir, limitar o vulnerar el ejercicio de los derechos humanos. El Estado laico aparece como condición para el ejercicio de la ciudadanía en el marco de una amplia y plural gama de visiones y creencias.
5. Defender las conquistas de las mujeres. Es obligación del Estado profundizar los derechos y libertades que han sido reconocidos de manera progresiva y generar las condiciones para su efectiva vigencia.
6. Reconocer los derechos sexuales y los derechos reproductivos como un aporte a la democracia, la justicia y la calidad de vida de todo un país. El Estado debe favorecer los entornos necesarios para su pleno ejercicio.
7. Garantizar la vigencia de un sistema económico incluyente, basado en relaciones de producción y reproducción equitativas. Es necesario asumir la economía del cuidado como prioritaria, potenciar las prácticas económicas colectivas de carácter alternativo, y promover la integración regional y mundial del país, a base de la solidaridad, la cooperación y el respeto mutuo de los pueblos hermanos.
8. Favorecer la justicia de género. El Estado debe garantizar a las mujeres acceso a la justicia, procedimientos expeditos y no revictimizantes, aplicación de instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, protección especial y reparación a las víctimas de delitos sexuales y violencias de género.

9. Promover la paridad como un mecanismo para lograr la igualdad real y efectiva. La paridad es indispensable para eliminar los espacios de representación masculinizados, excluyentes, desiguales y discriminatorios.
10. Ver en la participación el fundamento del poder ciudadano. Se deben crear los espacios y mecanismos necesarios para asegurar la participación ciudadana en la vida pública y en los entornos cotidianos, como condición necesaria para alcanzar la democracia plena.
11. Contar con una institucionalidad especializada, capaz de generar políticas públicas que garanticen la igualdad de las mujeres y la inclusión del enfoque de género en todas las instancias nacionales y locales del sector público.⁵⁹⁶

Haciendo un balance entre los logros de la Carta Política de 1998 y los resultados alcanzados por la Constitución de 2008, en cuanto a los derechos humanos de las mujeres, se puede afirmar que la nueva Constitución incluye importantes avances. La caracterización del Ecuador como Estado laico es uno de ellos.⁵⁹⁷ El movimiento de mujeres había considerado necesario reafirmar este carácter como condición para que la organización y funcionamiento de las instituciones, así como las decisiones de quienes ocupan cargos públicos, estén libres de cualquier influencia religiosa o dogmática que pudiera limitar el ejercicio de los derechos humanos.⁵⁹⁸ La separación entre la institucionalidad religiosa y la institucionalidad política fue una conquista del siglo XX. No obstante, el debate actual ya no está centrado en la relación entre religión y Estado, sino entre moral y derecho. Las Constituciones contemporáneas incorporan valores como dignidad, justicia, equidad, democracia, solidaridad, que deben ser interpretados

⁵⁹⁶ Consejo Nacional de las Mujeres, Ob. cit., pp. 3-6.

⁵⁹⁷ Constitución del Ecuador de 2008, artículos 1, inciso 1, 3.4 y 28.4.

en el ámbito de la moral pública –diferente de la moral privada–. En efecto, si bien quienes ejercen funciones públicas tienen sus propias convicciones morales, de ninguna manera pueden imponerlas a valores que deben ser compartidos por la sociedad como derechos fundamentales. La moral pública tiene que ver con lo que es más conveniente y aceptable para cualquier persona y grupo humano, a pesar de que no sea aceptado desde la perspectiva de la moral privada.⁵⁹⁹

Los derechos específicos de las mujeres fueron articulados, de manera integral, en los diferentes ámbitos y contenidos del texto constitucional, a través de un lenguaje inclusivo y de género. En efecto, desde el preámbulo se destaca que mujeres y hombres de distintos pueblos fueron quienes forjaron sus raíces milenarias y que mujeres y hombres, como integrantes del pueblo soberano del Ecuador, se otorgan la Constitución haciendo ejercicio de su soberanía.

Cabe destacar que uno de los propósitos del proceso de formulación y seguimiento de propuestas impulsado por el movimiento de mujeres había sido salvaguardar la integralidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y el reconocimiento de la diversidad, tal y como habían sido consagrados en la Constitución de 1998. Justamente, las mujeres organizadas habían acordado no ceder ninguno de los derechos conquistados.⁶⁰⁰ Por esta razón, las propuestas que fueron presentadas a la Asamblea Nacional incorporaron varios aspectos orientados a fortalecer y ampliar la garantía y protección de derechos como la igualdad, la integridad personal

⁵⁹⁸ Consejo Nacional de las Mujeres, Ob. cit., p.4.

⁵⁹⁹ Ávila Santamaría Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, ABYA YALA / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011, pp. 221-231.

⁶⁰⁰ Rocío Rosero Garcés, “Las mujeres ecuatorianas, la constituyente y la constitución”, en *La tendencia – revista de análisis político–*, N° 5, Quito, ILDIS - Instituto Manuel Córdova - Tramasocial, 2007, pp.

y el derecho a una vida libre de violencia, los derechos sexuales y los derechos reproductivos, los derechos políticos, la igualdad de género al interior de los diversos tipos de familias, derechos de los grupos sociales de atención prioritaria, y la igualdad entre hombres y mujeres en la aplicación de los derechos colectivos.

En esta línea, la Constitución de 2008 garantiza el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.⁶⁰¹ Reconoce que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Entre las razones por las cuales ninguna persona podrá ser discriminada, la nueva Constitución incluye el sexo, la orientación sexual y la identidad de género.⁶⁰² El Estado debe adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, y priorizar su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia.⁶⁰³

La Constitución reconoce y garantiza a las personas el derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual; y, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Para el efecto, el Estado se obliga a adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial, la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes.⁶⁰⁴ Se prohíbe la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado debe implementar medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, de protección y reinserción social de las víctimas de este delito y de

109-113.

⁶⁰¹ Constitución del Ecuador de 2008, artículo 66.4.

⁶⁰² Ob. cit., artículo 11.

⁶⁰³ Ob. cit., artículos 11 y 341.

otras formas de violación de la libertad.⁶⁰⁵ A las víctimas de infracciones penales se les debe brindar protección especial, garantizar su no revictimización, proteger de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y proporcionar mecanismos para una reparación integral.⁶⁰⁶ El texto constitucional remite a la ley el establecimiento de procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción, entre otros, de los delitos de violencia intrafamiliar y sexual.⁶⁰⁷

La Constitución de Montecristi consagra tanto los derechos sexuales como los derechos reproductivos. Por una parte, reconoce y garantiza el derecho de las personas a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual, siendo el Estado el responsable de promover el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.⁶⁰⁸ Y, por otra, reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.⁶⁰⁹ El Estado asume la responsabilidad de poner en marcha acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial, durante el embarazo, parto y postparto.⁶¹⁰

Se reconoce la familia en sus diversos tipos, la cual se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y se basa en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.⁶¹¹ Se promueve la maternidad y paternidad responsables frente al cuidado,

⁶⁰⁴ Ob. cit., artículo 66.3.

⁶⁰⁵ Ob. cit., artículo 66.29.

⁶⁰⁶ Ob. cit., artículo 78.

⁶⁰⁷ Ob. cit., artículo 81.

⁶⁰⁸ Ob. cit., artículo 66.9.

⁶⁰⁹ Ob. cit., artículo 66.10.

⁶¹⁰ Ob. cit., artículo 363.

⁶¹¹ Ob. cit., artículo 67.

crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las hijas e hijos; se garantiza la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes; se protege a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, prestando especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa; el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.⁶¹²

En cuanto a los derechos de los grupos de atención prioritaria, el texto constitucional de 2008 garantiza a las niñas, niños y adolescentes, a las mujeres embarazadas, a las madres con hijas o hijos menores de edad, entre otros colectivos, asistencia humanitaria preferente y especializada.⁶¹³ De la misma manera, garantiza a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia el derecho a no ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral; a la gratuidad de los servicios de salud materna; a la protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto; y, a disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.⁶¹⁴ Además, reconoce a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia privadas de la libertad el derecho a recibir un tratamiento preferente y especializado.⁶¹⁵

La Carta Constitucional reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos

⁶¹² Ob. cit., artículo 69.

⁶¹³ Ob. cit., artículo 42.

⁶¹⁴ Ob. cit., artículo 43.

⁶¹⁵ Ob. cit., artículo 51.

humanos, varios derechos colectivos. Establece que el derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular, de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.⁶¹⁶ Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres, y aplicando normas y procedimientos que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.⁶¹⁷ Además, incluye el compromiso del Estado orientado a garantizar la aplicación de los derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.⁶¹⁸

Luego de seis años de vigencia de la Constitución del año 2008, el derecho a una vida libre de violencia es “la prioridad de las mujeres ecuatorianas” según la Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW –conformada por quince organizaciones de carácter local y nacional–.⁶¹⁹ Se señala que la violencia contra las mujeres a lo largo de todos los ciclos de vida constituye uno de los más graves problemas estructurales del país, que reproduce un modelo basado en relaciones de poder que subordina, excluye y discrimina, con repercusiones en los planos económico, social, político y cultural. A continuación, se presentan los principales aportes de la Corte Nacional de Justicia en la interpretación del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

⁶¹⁶ Ob. cit., artículo 57.10.

⁶¹⁷ Ob. cit., artículo 171.

⁶¹⁸ Ob. cit., artículo 57, inciso final.

⁶¹⁹ Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, Informe

4.1. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia

4.1.1. El juzgamiento y sanción de los delitos sexuales

La víctima es, junto al autor, un protagonista principal del conflicto social que conforma la base de un caso penal, razón por la que, en la actualidad, se promueve su activa participación en el procedimiento penal en condiciones de igualdad; la intervención de la víctima ha sido requerida incluso cuando no se le han reconocido derechos igualitarios de participación. Así, uno de los papeles asignados a la víctima en el procedimiento penal ha sido el de “informante” y, en esta dirección, se ha propugnado la necesidad de un sistema de protección de la víctima-testigo y otras medidas tendientes a que obtenga orientación acerca de su rol, ayuda para el cuidado de los hijos, apoyo para su desplazamiento, condiciones para una espera agradable, indemnización por el tiempo perdido, protección contra agresiones resultantes de su posición en el procedimiento, acompañamiento por una persona de confianza durante las declaraciones, exclusión de la publicidad, asistencia jurídica, entre otras medidas.⁶²⁰

Las decisiones de la Corte Nacional de Justicia referidas a los delitos sexuales dan cuenta del reconocimiento jurídico del papel de la víctima en el procedimiento penal.⁶²¹ En esta línea, la Corte Nacional discute varios temas de interés, como el valor

Sombra al Comité de la CEDAW. Ecuador 2014, Quito, 2014, pp. 8-11.

⁶²⁰ Ver el artículo de Julio B. J. Maier, “La víctima y el sistema penal”, en: Julio B. J. Maier, Comp., *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, AD-HOC, 1992, pp. 240-248.

⁶²¹ Conforme establece el nuevo Código Orgánico Integral Penal, en su Art. 11: “En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos: 1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer. 2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso. 3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización. 4. A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos. 5. A no ser revictimizada, particularmente en la

que debe otorgarse a la versión de la víctima en este tipo de delitos, el derecho de la víctima a no ser revictimizada, fundamentalmente en la producción y valoración de las pruebas, la protección especial que requieren víctimas especialmente vulnerables, la aplicación del principio del interés superior del niño, entre otros temas. Cabe señalar que la mayoría de los fallos analizados están referidos a delitos sexuales cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes.

Los efectos que genera en niños, niñas y adolescentes el hecho de tener que relatar las circunstancias en que ocurrió el delito han sido ampliamente estudiados.⁶²² Romper el silencio representa una nueva afectación, por ello, las víctimas requieren una atención especializada en un marco de respeto a su situación particular. Se trata de evitar la victimización secundaria a través de acciones multidisciplinarias concertadas destinadas a evaluar a la persona menor de edad, evitando su exposición a estudios sucesivos por diferentes profesionales o equipos. No obstante, existen algunas dificultades que pueden condicionar el relato verbal de los hechos. Por ejemplo, no todos los/as niños/as pueden elaborar un relato debido a limitaciones propias de la edad. En otros casos el abusador ha introducido elementos que causan confusión en los/s

obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos. 6. A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral. 7. A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada. 8. A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley. 9. A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal. 10. A ser informada por la o el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción. 11. A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce. 12. A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana. Si la víctima es de nacionalidad distinta a la ecuatoriana, se permitirá su estadía temporal o permanente dentro del territorio nacional, por razones humanitarias y personales, de acuerdo con las condiciones del Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal.”

⁶²² Ver, por ejemplo, el artículo de Aida Tarditti, “Delitos Sexuales –tensiones entre las Garantías del

niños/as, al presentar los hechos como parte de un juego. También el abuso puede ser negado por los/as niños/as debido a restricciones comunicacionales instaladas en el seno familiar. Este tipo de complicaciones que se presentan en el trabajo profesional también pueden llegar a expresarse cuando el niño/as rinde su declaración en la audiencia de juicio, aun contando con el apoyo de un experto/a y en un ambiente apropiado. En este contexto, es muy probable que se lleguen a plantear tensiones entre el derecho a la defensa del imputado y los derechos de las víctimas menores de edad.

La Corte Nacional de Justicia, a través del recurso de casación, ha resuelto esta tensión en favor de los niños, niñas y adolescentes. Así, cuando el recurrente alega que ha existido infracción de las normas procesales penales al haberse considerado como única prueba del hecho el testimonio del ofendido/a, el Alto Tribunal se ha apoyado en criterios doctrinarios para señalar que, debido a que los delitos sexuales se comenten en la clandestinidad, en reserva y sin testigos, se admite que la propia víctima sea la única testigo, sin que puedan ser aplicadas a las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual las mismas reglas que se emplean para valorar el testimonio de un adulto.⁶²³ Al respecto, dice la Corte:

Debemos, de igual manera, hacer referencia a la carencia de testigos directos en la perpetración del delito, lo que hace trascendental la declaración aportada en juicio por parte de la víctima con el fin de determinar la responsabilidad penal del sujeto imputado; si bien es cierto, que el artículo 140 del Código de Procedimiento Penal, establece que la declaración del ofendido por sí solo no constituye prueba; no obstante, existe abundante doctrina a este respecto y este Tribunal de la Sala Penal, ha venido aplicando en forma

Imputado y Derechos Fundamentales de las Víctimas—”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 6 Temas de Victimología General*, Córdova, Encuentro Grupo Editor, 2009, pp. 37-43.

⁶²³ Juicio N° 1025-2011 (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, p. 195.

inveterada los criterios de innegable valía del autor Español Manuel Miranda Estrampes, quien al estudio de los delitos sexuales otorga importancia preponderante al testimonio del ofendido considerándolo como suficiente para arribar a una sentencia condenatoria, de hecho en su obra “La mínima actividad probatoria en el proceso penal”, refiere que el Tribunal Supremo Español, en reiteradas resoluciones “...viene admitiendo que la declaración de la víctima constituye un elemento probatorio adecuado o idóneo para formar la convicción del juzgador y apto, por tanto, para poder destruir la presunción iuris tantum de inocencia, incluso en aquellos supuestos en que sea la única prueba existente; atribuyéndole el valor o la condición de mínima actividad probatoria de cargo legítima...”
[...].⁶²⁴

La Corte Nacional de Justicia ha mantenido este criterio aun cuando la versión inicial de la víctima menor de edad ha sido modificada en la audiencia de juicio. En este punto, la Corte se aleja de la posición tradicional que ubica a la propia víctima que se retracta como la responsable del fracaso del sistema penal. Históricamente, el fenómeno de la retractación ha sido utilizado para justificar la incapacidad del sistema para proteger a la víctima, desconociendo las causas que lo originan: los mecanismos de coacción que se emplean para conseguir que la víctima se retracte, los procesos que se emplean para restablecer el “equilibrio familiar”, la ambigüedad generada por tener que acusar a quien es parte de su entorno afectivo, entre otras.⁶²⁵

En este sentido, la Corte Nacional de Justicia ha respaldado el criterio de un Tribunal Penal que dio credibilidad a la versión dada por una niña al Fiscal, aunque

⁶²⁴ Resolución N° 497-2013 (Sala Penal CNJ), Juicio N° 1231-2012 (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013 – diciembre de 2013*, Quito, 2013, 3ª. Ed., pp. 239-240. Esta opinión será reiterada en varias decisiones, por ejemplo, en la Resolución 502-2013 (Sala penal CNJ), Juicio 1451-2012 (Violación), Corte Nacional de Justicia, Ob. cit., p. 242 y en la Resolución N° 848-2013, Juicio N° 1307-2013 (Atentado al pudor), Corte Nacional de Justicia, Ob. cit., p. 269.

⁶²⁵ María Isabel Salinas Chaud, “Algunas consideraciones sobre la retractación en víctimas de violencia

posteriormente la modificó en la audiencia de juzgamiento. El Tribunal llegó a obtener la certeza de la comisión del delito luego de analizar lo narrado por la víctima en su primera versión ante la Fiscalía, la cual coincidió con lo que expresó a su padre y a los peritos médico legista y psicóloga, estableciendo que para aquel momento la niña no había sido manipulada, actos de prueba practicados en el juicio y que fueron analizados por el Tribunal Ad quem a la luz de la sana crítica:

[...] todo lo cual ha servido a este Tribunal de Casación para llegar a la certeza de la culpabilidad [del procesado], porque la doctrina y nuestra experiencia en casos similares nos permiten otorgarle credibilidad a la primera información que proporciona la víctima, donde señala al autor de la agresión sexual como su tío, quien aprovechándose de encontrarse en el círculo íntimo y familiar de la menor, la obligaba a realizar actos de naturaleza sexual, violándola, sin considerar la edad de la menor y su indefensión, dejando a un lado los deberes de respeto, cuidado y protección que como familiar le debía, estableciéndose que existe suficiente prueba de la participación del procesado.⁶²⁶

Asimismo, la Corte Nacional de Justicia ha destacado la importancia del testimonio anticipado, como medio probatorio, en los casos de delitos sexuales, y la necesidad de que sea valorado por el juzgador/a en conjunto con el resto de pruebas controvertidas en el momento procesal oportuno.⁶²⁷ En los delitos sexuales, dice la Corte, las pruebas deben ser valoradas de acuerdo con los estándares establecidos en los instrumentos internacionales y la normativa del derecho interno que garantizan la protección de los derechos de la víctima, por lo que es obligación de quien juzga

intrafamiliar: ¿Cómo abordar la reparación”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 8 Violencia familiar – conyugal*, Córdova, Encuentro Grupo Editor, 2010, p. 139.

⁶²⁶ Juicio N° 1025-2011 (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, pp. 194-195.

⁶²⁷ Juicio N° 84-2011-P-LBP (Atentado al Pudor), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, p. 259.

apreciar la prueba aplicando estos estándares. Así, cuando se identifica una prueba indiciaria es necesario adoptar ciertas medidas antes de perderla, ya que en este tipo de delitos puede suceder que por la experiencia traumática, la vulnerabilidad de las víctimas, las amenazas u otras circunstancias, las versiones varíen durante el proceso. Es por esta razón que el testimonio anticipado debe ser valorado como prueba relevante para demostrar la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado.⁶²⁸

En esta dirección, la Corte ha dicho que, cuando en la sentencia el Tribunal Ad quem ignora una prueba legal y oportunamente adjuntada al proceso, o su expresión material y objetiva, incurre en lo que los doctrinarios denominan “falso juicio de existencia”, situación que toma la forma de un error de derecho, ante lo cual el Tribunal de Casación puede analizar la legalidad de dicha prueba, tomando en cuenta el ordenamiento jurídico vigente. En opinión de la Corte, el testimonio de la víctima es de suma importancia en los casos de delitos sexuales, razón por la cual este medio probatorio (en el caso concreto, el testimonio anticipado de dos niñas) no debe ser rechazado por la omisión de formalidades, recalcando que la ley no establece un formato para la redacción del acta contentiva del testimonio anticipado, por lo que la forma, estilo y redacción, quedan a criterio del actuario/a:⁶²⁹

En un primer momento, la sentencia del tribunal de apelación indica que no se ha pormenorizado en el acta contentiva de los testimonios anticipados, la autoridad o funcionario ante quien se comparece a declarar; sin embargo, este argumento ni siquiera por lo lejos, se incorpora como una cuestión de legalidad, pues en ningún momento el

⁶²⁸ Resolución N° 1339-2012, Juicio N° 84-2011 (Atentado al pudor), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013 – diciembre de 2013*, Quito, 2013, 3ª. Ed., pp. 299-300.

⁶²⁹ Resolución N° 0508-2013, Juicio N° 0942-2013, Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013 – diciembre de 2013*, Quito, 2013,

Código de Procedimiento Penal, o el Código de la Niñez y la Adolescencia, han dispuesto un formato para el acta en la cual se realiza el testimonio anticipado de una víctima, razón por la cual, cumplidos los requisitos legales estipulados en los artículos anteriormente citados, se entienden válidos los antedichos medios de prueba recabados en el proceso, quedando únicamente los asunto de estilo y redacción, al buen criterio del secretario respectivo [...].⁶³⁰

La Corte añadió que la firma del Juez o Jueza constante en el acta contentiva del testimonio anticipado, da fe de que el testimonio fue realizado ante la mencionada autoridad. Por otra parte, la práctica de varios testimonios urgentes en una misma diligencia no puede ser considerada como una falencia; por el contrario, pone en práctica los principios de concentración, celeridad y economía procesal. La grabación del testimonio anticipado tampoco es obligatoria; es una opción para el juzgador/a, por lo que la falta de tal grabación no puede ser tomada como argumento para desacreditar la diligencia de recepción del testimonio urgente. La práctica del testimonio urgente debe precautelar el derecho de la contraparte y la inmediación como principio básico de producción de prueba. Finalmente, en la recepción del testimonio anticipado de personas menores de edad, se debe observar el interés superior del niño/a, precautelando su integridad moral y física.⁶³¹

La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal es particularmente compleja, debido a que su capacidad de respuesta frente a las expectativas del sistema jurídico es cualitativamente diferente a la de los adultos. Si bien en la actualidad las normas procesales otorgan un tratamiento especial para las víctimas

3ª. Ed., pp. 344-345.

⁶³⁰ Resolución N° 0508-2013, Juicio N° 0942-2013 (Violación), Corte Nacional de Justicia, Op. cit., p. 345.

menores de edad⁶³², durante el procedimiento judicial se presentan problemas que hacen difícil que niños, niñas y adolescentes, víctimas de abuso sexual, puedan obtener una protección real. Una de estas dificultades es la obtención de pruebas que permitan resolver el caso. Generalmente, la declaración de la persona menor de edad se convierte en la única prueba del hecho delictivo.⁶³³

En este contexto, la prueba pericial (en las áreas de la psicología, la psiquiatría, el trabajo social) es particularmente valiosa. En la actualidad se cuenta con suficiente experiencia científica para reconocer la multiplicidad de manifestaciones psíquicas y conductuales del abuso sexual infantil.⁶³⁴ Las investigaciones sobre el testimonio de las personas menores de edad, víctimas de cualquier tipo de abuso sexual, dan cuenta del tiempo durante el cual se puede recordar el evento sexual y las estrategias con las cuales es posible aumentar la cantidad y exactitud de la información aportada. Aunque estos estudios destacan el hecho de que los/as niños/as suelen hacer descripciones bastante exactas del abuso, no obstante, es importante considerar las diferencias individuales que se explican tanto por factores evolutivos propios del niño/a como por una serie de condicionamientos familiares y sociales. A partir de ello, se recomienda la creación de protocolos específicos de entrevistas y la implementación de medidas judiciales para

⁶³¹ Resolución N° 0508-2013, Juicio N° 0942-2013, Corte Nacional de Justicia, Op. cit., pp. 345-346.

⁶³² Así, el Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con los principios procesales, establece que: “El derecho al debido proceso, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 20. Privacidad y confidencialidad: las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se respete su intimidad y la de su familia.- Se prohíbe divulgar fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación en actuaciones judiciales, policiales o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales.”

⁶³³ Fabiola Haro Rodríguez y Oriana Ercoli Altamirano, “Prácticas en el Proceso Judicial y Victimización Secundaria. Casos de Abuso Sexual Infantil. Novena Región de la Araucanía”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 7 Temas de Victimología General*, Córdova, Encuentro Grupo Editor, 2009, pp. 139-140.

⁶³⁴ Gioconda Batres Méndez, “Evaluación del abuso sexual infantil: un instrumento para administrar justicia a las víctimas y una respuesta al backlash”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 7 Temas de*

proteger a niños, niñas y adolescentes de la victimización secundaria.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia ha señalado que las pruebas presentadas deben ser apreciadas íntegramente, enfatizando que las evaluaciones realizadas por personas expertas cobra singular importancia en los casos de abuso sexual cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes. Considerando que generalmente el testimonio de la víctima constituye la única prueba, las declaraciones periciales rendidas en la audiencia de juicio respecto de las experticias realizadas en la etapa de investigación, cobran gran relevancia, pues constituyen un medio probatorio que contiene un conocimiento científico especializado, necesario para el develamiento o apreciación de los hechos:

[...] En relación a la valoración del testimonio de la víctima, el Tribunal juzgador observa las garantías de no revictimización y de protección especial, ponderando su testimonio con el conjunto de pruebas ingresadas al juicio, inclusive el testimonio de los procesados. Se toma en cuenta que ella es adolescente y por el principio de interés superior del niño, analizado anteriormente, se considera que se ha cumplido con la obligación de las autoridades judiciales de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de los procesos judiciales [...]. En la mayor parte de los casos de abuso sexual cometidos a una niña, niño o adolescente, el testimonio de ésta constituye la prueba fundamental, incluso la única de que se dispone, sin embargo es su facultad prestar o no declaración de los hechos, por lo que las y los juzgadores deben recurrir a la valoración de la prueba indiciaria como un estándar de justicia que procura la sanción y no impunidad de los delitos de violencia sexual [...].⁶³⁵

De acuerdo con la Corte Nacional de Justicia, el testimonio de la víctima unido a

Victimología General, Córdova, Encuentro Grupo Editor, 2009, pp. 44-46.

⁶³⁵ Resolución N° 1523-2012, Juicio N° 52-2010 (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013 – diciembre de 2013*,

los peritajes y testimonios de profesionales calificados, pueden llevar al Tribunal Juzgador, a través de la sana crítica, a establecer la certeza de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado:

[...] En el caso que nos ocupa el Tribunal de apelaciones aplicó la sana crítica en virtud de la naturaleza del delito sexual, puesto que de acuerdo a sus conocimientos y aplicando la experiencia en el procesamiento esta clase de infracciones penales, reflexionó y determinó que se trata de aquellos en que el testimonio de la víctima es de particular importancia, aún más cuando como en el presente caso está acompañado de peritajes y testimonios de profesionales así como de la madre de la víctima [...] Resulta preciso reconocer la imprescindible e irrenunciable ayuda de la psiquiatría, de la psicología y, en general, de las técnicas criminológicas, que contribuyen no sólo a la práctica indispensable de las pruebas periciales, sino también al tratamiento psicológico, unas veces, y psiquiátrico, otras, tanto del agresor como de la víctima. Es así que el testimonio de la víctima estuvo acompañado de un informe de peritaje ginecológico, testimonio de profesionales calificados como son el médico que realizó la pericia y la psicóloga que la atendió inmediatamente después de ocurridos los hechos y de su madre, que fue quien la llevó a recibir atención psicológica [...].⁶³⁶

La doctrina se ha referido a las particularidades que presenta, en este tipo de procesos, la apreciación judicial del testimonio de la víctima como única prueba de cargo.⁶³⁷ No se trata de una suerte de “laxitud o relajación” en las exigencias probatorias, sino del reconocimiento de que los delitos sexuales suelen ocurrir en el ámbito doméstico-privado-familiar, alejado de la presencia de terceros que pudieran ser

Quito, 2013, 3ª. Ed., pp. 303-304.

⁶³⁶ Juicio N° 1002-2013 (Sala Penal CNJ), Resolución N° 488-2012 (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013 – diciembre de 2013*, Quito, 2013, 3ª. Ed., p. 358.

⁶³⁷ Así, José Francisco Etxeberría Guridi, “La prueba en el proceso de violencia de género”, en: Raquel Castillejo Manzanares, dir., y Ma. Ángeles Catalina Benavente, coord., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 355-409.

llamados como testigos. En este sentido, se exige de quien juzga una cuidada y prudente valoración de la declaración de la víctima menor de edad, en relación con una serie de corroboraciones periféricas de carácter objetivo (constantes en informes médicos de lesiones, declaraciones de testigos de referencia, declaraciones de testigos sobre hechos indiciarios, etc.). Se plantea también la posibilidad de solicitar el concurso de peritos psicólogos a fin de que puedan dar cuenta de la credibilidad de la declaración de la víctima, efectuadas con intermediación.

Sin embargo, desde posiciones críticas⁶³⁸ se plantea que existe una tensión entre el rol asignado a las/os profesionales que forman parte del sistema de protección en la obtención del material probatorio –centrado en la problemática de la veracidad del testimonio de la víctima– y su función esencialmente de asistencia a dicha víctima. En la práctica, debido a los requerimientos del sistema de justicia, la víctima es “sujetada” por toda una red de instancias y profesionales que escriben y guardan su historia en diferentes libros y archivos. Es “obturada” con saberes totalizantes (jurídicos, psicológicos, médicos) que dejan de lado la subjetividad de la víctima. En definitiva, a través de una serie de mecanismos de ejercicio del poder, la víctima termina siendo “reducida” a la condición de expediente.

Y es que la interacción de la víctima con el sistema de justicia puede llegar a agravar las repercusiones del delito sobre el ser humano, afectando su proceso de recuperación.⁶³⁹ Muchas víctimas de delitos sexuales se enfrentan a tratos inadecuados

⁶³⁸ Así, Gabriel Alberto Letaif, “La función pericial psicológica ante el testimonio de la víctima en el sistema penal acusatorio”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 7 Temas de Victimología General*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2009, pp. 179-186.

⁶³⁹ Tarditti, Aida, Ob. cit., pp. 133-134. A más de la victimización primaria y secundaria, la autora identifica la victimización terciaria, como aquella padecida por la persona ante la falta de asistencia por parte de la comunidad y el entorno que le rodea; la victimización de cuarto nivel sería la que sufren

por parte de la policía, los fiscales, los funcionarios judiciales y otros profesionales que en el contexto de su trabajo están en contacto con la víctima. Se denomina victimización secundaria al daño causado a la víctima por la inadecuada intervención del Estado, los organismos encargados de administrar justicia, los profesionales responsables de su protección y recuperación.⁶⁴⁰ Se trata de una nueva victimización “a manos de agentes del Estado”.⁶⁴¹ Este tipo de victimización suele darse con mucha frecuencia en los casos de delitos sexuales y se presenta por la invasión del cuerpo o la intimidad de las víctimas para la obtención de pruebas, pero también cuando prevalece la noción de que la víctima provocó la agresión –por la forma de vestir, por transitar por ciertos lugares y a ciertas horas, por tener ciertos comportamientos o prácticas–, o cuando persiste la idea de que la víctima debió ofrecer resistencia.

La Corte Nacional de Justicia ha señalado que la víctima, como sujeto procesal, tiene derecho a participar en el proceso penal en igualdad de oportunidades, lo cual incluye el derecho a rendir su testimonio en el juicio, a recibir protección especial y a que se garantice su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas. Para la Corte, la garantía de no revictimización significa que es facultad de la víctima prestar o no prestar su declaración en el juicio y que, de hacerlo, su testimonio no puede ser desvalorizado y expuesto a la humillación en base a prejuicios

indirectamente las personas que rodean a quien fue blanco del delito; mientras que la victimización de quinto nivel sería la que soportan los profesionales que trabajan para la administración de justicia.

⁶⁴⁰ Son diversos los actores que en el desempeño de una determinada función o la práctica de una profesión pueden llegar a conocer este tipo de situaciones: Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas; los jueces, fiscales, policías, defensores públicos; las personas que desempeñan sus funciones en la Defensoría del Pueblo; los especialistas de servicios de protección especial; el personal de organismos de asistencia pública; los profesionales de la salud mental y física; trabajadores sociales; abogados y otros profesionales del Derecho; el personal de apoyo.

⁶⁴¹ María Mercedes Gómez, “Violencia por prejuicio”, en: Cristina Motta y Macarena Sáenz, eds., *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008, p. 139.

y estereotipos. Así, frente a la afirmación de un Tribunal Penal en el sentido de que la discapacidad de la víctima “no le impide, aunque tuviere una edad mental de doce años, repeler un ataque u ofrecer resistencia”, el Alto Tribunal fue enfático al manifestar que:

En los delitos de violencia y abuso sexual es un estándar de valoración de la prueba la obligación de las y los juzgadores de valorar todas las pruebas que sean necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos, sin que sea una exigencia la prueba de la existencia de resistencia física [...]. El tribunal no ponderó el testimonio de la víctima, pese a que este fue un testimonio anticipado, en el cual se vulneraron sus garantías como víctima de un delito de violencia sexual, en el que ella fue revictimizada al obligársele a contestar preguntas capciosas e impertinentes por parte de la defensa del procesado, cuando ella ya en la primera parte de su testimonio contestó las preguntas formuladas por Fiscalía, relatando que [el procesado], quien se desempeñaba como guardia municipal, abusó sexualmente de ella, la violó varias veces entre los meses de septiembre y octubre del 2009, que estos hechos ocurrieron en la guardiana que queda en la planta baja del municipio, que la amenazó que si contaba, los sacaban tanto a él como a ella del trabajo [...]. Sin embargo, de la contundencia del relato de la víctima, el juzgador [...] exige prueba de resistencia, la cual está proscriba en delitos de violencia sexual en víctimas de cualquier edad. Entre los errores en los que incurre este Tribunal, al realizar la valoración del testimonio de la víctima, tenemos: la violación de las garantías constitucionales de no revictimización de las víctimas de violencia sexual; de protección especial de niñas, niños y adolescentes contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole; de protección especial de personas con discapacidad víctimas de cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad. Además, incurre en falso juicio de identidad del testimonio de la víctima, le da un sentido discordante con la realidad fáctica. En el caso concreto el testimonio de la víctima es descontextualizado, se tergiversa su contenido. Las tres condiciones de vulnerabilidad de la víctima, ser niña, mujer, presentar una discapacidad, que conforme al mandato constitucional “recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y

privado”, en el caso en concreto, son utilizadas para atentar contra sus derechos, para justificar el abuso y la violencia.⁶⁴²

Dijo la Corte Nacional de Justicia que, al omitir realizar la valoración integral del material probatorio, desestimando pruebas relevantes con sustento técnico y científico, como son los peritajes médico legal y psicológico, y, fundamentalmente el testimonio de la víctima, el Tribunal Ad quem infringió el sistema de valoración probatoria de la sana crítica. Si bien los peritos y la madre de la ofendida no presenciaron los hechos, sin embargo, al tener contacto con la víctima en la práctica de las pericias, percibieron los hechos a través de sus sentidos, constituyéndose en testigos. No obstante, el Tribunal Ad quem omite valorar los testimonios de los peritos y de la madre de la ofendida, como prueba indiciaria, y en su fallo absuelve al procesado. Para la Corte Nacional dicha decisión atenta contra los estándares nacionales e internacionales de justicia para las víctimas de violencia sexual.⁶⁴³

En otro de sus fallos, la Corte Nacional de Justicia tuvo la oportunidad de analizar la tesis de la Fiscalía en respuesta al argumento utilizado por un hombre que fue condenado a 8 años de reclusión mayor extraordinaria como autor del delito de violación a una adolescente de 13 años, quien declaró que “engañó” al procesado sobre su edad para tener relaciones sexuales con él. El sentenciado sostuvo que cometió un error de tipo, mientras que la Fiscalía consideró que lo que existió fue un error de prohibición, manifestando que la víctima tuvo relaciones “consentidas” con el agresor, porque al “engañar” al procesado sobre su edad estaba dando su consentimiento. Como

⁶⁴² Juicio N° 918-P-2010-LBP (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, pp. 270-271.

⁶⁴³ Juicio N° 918-P-2010-LBP (Violación), Corte Nacional de Justicia, Ob. cit., p. 272.

se puede apreciar, la propia Fiscalía desconoce que la violencia sexual entraña todo acto sexual forzado no solo mediante la coacción física, sino por cualquier otra forma de coacción, agresión o abuso.⁶⁴⁴ En efecto, toda aproximación sexual de un adulto/a hacia niñas, niños y adolescentes constituye una agresión sexual que menoscaba su desarrollo psico-sexual porque excede su capacidad de entendimiento y respuesta emocional.⁶⁴⁵ Muestra de la complejidad de los delitos sexuales es que existen formas de abuso que pueden haber sido pedidas por la víctima menor de edad, lo cual no significa que la víctima deba ser responsabilizada del hecho, ni que haya consentido el abuso.

Teniendo en cuenta que el recurrente cuestiona la sentencia condenatoria porque considera que hubo error de tipo, en tanto que la Fiscalía plantea que existió error de prohibición, el Tribunal de Casación explica que el error de tipo se da cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o existe falso conocimiento de los elementos precisados por el tipo objetivo. Por su parte, el error de prohibición consiste en el poco conocimiento del autor sobre una conducta típica o la antijuridicidad de la conducta; aquí el sujeto sabe que existe una norma jurídica que prohíbe una conducta, pero cree equivocadamente que en su caso concreto existe una causa de justificación. Pero aclara

⁶⁴⁴ Gayne Villagómez Weir, “La violencia sexual contra la niñez y adolescencia desde una perspectiva de género”, en: Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, edit., *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010, pp. 408-411.

⁶⁴⁵ Al respecto, la Corte Nacional de Justicia ha expresado que la violencia sexual siempre entraña una relación de poder asimétrica entre el agresor y la víctima. El abuso sexual que se comete en contra de niñas, niños y adolescentes no solo interfiere en su proceso de desarrollo físico, psicológico, moral y sexual sanos –al producir sentimientos de indefensión y problemas con el autoestima–, sino que genera la interrupción de un proyecto de vida –construido con las expectativas de futuro– en condiciones de igualdad de oportunidades. Al respecto: Juicio N° 918-P-2010-LBP (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, pp. 266-267; Resolución 502-2013 (Sala Penal CNJ), Juicio 1451-2012 (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013 – diciembre de 2013*, Quito, 2013, 3ª. Ed., p. 243; Juicio N° 1002-2013 (Sala Penal CNJ), Resolución N° 488-2012 (Violación) Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero*

que ninguno de ellos se encuentra contemplado en nuestra legislación, por lo que, si llegaran a ser considerados, se estaría vulnerando la seguridad jurídica, el derecho al acceso a la justicia y los derechos de la víctima:

[...] Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a un sano desarrollo de su sexualidad propendiendo a un ejercicio de sus derechos sexuales, entendidos como el poder contar con condiciones seguras para construir dicho ejercicio, sin violencias ni abusos. En este sentido, se ha establecido la edad del consentimiento sexual, que en el Ecuador es la edad por debajo de la cual el consentimiento prestado para realizar actos sexuales no resulta válido a efectos legales, presumiéndose violencia o abuso, por parte del agresor en tales circunstancias [...] el error de prohibición, aducido por la Fiscalía, además de no estar contemplado en nuestra legislación, de aplicarse, contravendría norma expresa, resultando inconstitucional, en virtud del artículo antes invocado. En el presente caso, darle valor y efectos jurídicos al “engaño” de la víctima al procesado, reconociendo que fue engañado por la víctima sobre su edad, sería un contrasentido, puesto que equivaldría a decir que existe un consentimiento válido de la víctima que subyace en el engaño, pero que es irrelevante según la norma anteriormente transcrita, en casos de delitos sexuales y de trata de personas [...].⁶⁴⁶

Está claro, entonces, que el Estado está obligado a implementar una política integral que permita no solo solventar la falta de conocimiento y formación especializada de los profesionales implicados, corregir los problemas de coordinación entre las diferentes instancias y profesionales, atender los problemas originados en la insuficiencia de recursos, entre otros⁶⁴⁷, sino fundamentalmente desmontar las creencias instaladas en la mente de los profesionales involucrados en el procedimiento judicial en

2013 – diciembre de 2013, Quito, 2013, 3ª. Ed., pp. 356-357.

⁶⁴⁶ Resolución N° 334-2013 (Sala Penal CNJ) Juicio N° 636-2011 (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013 – diciembre de 2013*, Quito, 2013, 3ª. Ed., pp. 366-367.

torno a la inferioridad de ciertas víctimas (mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas pertenecientes a grupos LGTBI, personas con discapacidad, etc.).

A través de los recursos de casación la Corte Nacional de Justicia se ha referido a la vulnerabilidad en la que se encuentran determinadas víctimas. Vulnerabilidad es un concepto que se utiliza para describir un estado de riesgo previo a la victimización real, debido a la persistencia de condiciones que colocan a ciertas personas o grupos de personas en situación de desventaja. Si consideramos las encuestas de victimización, los grupos en situación de mayor vulnerabilidad están constituidos por las personas con discapacidad, las personas que han sido victimizadas, los enfermos, los niños, niñas y adolescentes, los ancianos, las mujeres, los inmigrantes, entre otros. El análisis de la vulnerabilidad permite al mismo tiempo diseñar estrategias para la reducción de las victimizaciones a futuro, es decir, para la prevención de daños físicos, psíquicos o sociales. Los centros de asistencia a las víctimas podrían llegar a ser los primeros proveedores de estos servicios de prevención. También al interior de las comunidades se podría reducir significativamente la victimización, el sufrimiento y la muerte, si se llega a comprender y actuar sobre los patrones identificables de vulnerabilidad, mejorando de esta manera la calidad de vida de sus miembros.⁶⁴⁸

En uno de sus fallos la Corte analizó la situación particular en la que se encontraba la víctima de un delito sexual. Se trataba de una mujer con discapacidad, de 33 años de edad, pero que a fecha en que ocurrieron los hechos tenía la edad mental de 12 años. Siguiendo los mandatos de la Constitución de la República, la Convención

⁶⁴⁷ Al respecto, consultar el artículo de Fabiola Haro Rodríguez y Oriana Ercoli Altamirano, Ob. cit., p. 140.

⁶⁴⁸ John P. Dussich, “La importancia de la Vulnerabilidad para la Victimología”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 12 Vulnerabilidad de las Víctimas*, Córdova, Encuentro Grupo Editor, 2012, pp. 11-17.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos del Niño/a, con el fin de asegurar a la víctima el acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones, y aplicando los principios de no discriminación, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad de oportunidades, y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad, el Tribunal de Casación consideró como edad de la víctima su edad mental y señaló que el bien jurídico protegido en el presente caso era el libre desarrollo integral de su personalidad y su integridad sexual:

[...] Al respecto es pertinente citar el informe temático “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud”, que cuando se refiere a las Mujeres discapacitadas, indica: “62. Como lo reconoce el preámbulo y el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, “las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación” y “están sujetas a múltiples formas de discriminación”... Para el Comité de Derechos del Niño: Los niños [y niñas] con discapacidad son más vulnerables a todos los tipos de abuso, sea mental, físico o sexual en todos los entornos, incluidos la familia, las escuelas, las instituciones privadas y públicas, entre otras cosas, otros tipos de cuidados, el entorno laboral y la comunidad en general. Con frecuencia se repite el dato de que los niños con discapacidad tienen cinco veces más probabilidades de ser víctimas de abusos. En el hogar y en las instituciones, los niños con discapacidad a menudo son objeto de violencia física y mental y abusos sexuales, y son especialmente vulnerables al descuido y al trato negligente, ya que con frecuencia representan una carga adicional física y financiera para la familia”. La situación de abuso en contra de la víctima, al darse en un espacio en el cual se estaba concretando su inclusión laboral como una garantía para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, no solo

interfiere en su proceso de desarrollo físico, psicológico, moral y sexual sanos, sino que genera la interrupción de un proyecto de vida en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomenten sus capacidades y potencialidades.⁶⁴⁹

Dice la Corte que el bien jurídico protegido en el delito de violación es la libertad sexual, entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad. No obstante –agrega–, existen determinadas personas que no pueden decidir libremente sobre la sexualidad, como las personas menores de 14 años. En este caso, el bien jurídico protegido es el libre desarrollo integral de la personalidad y la integridad sexual. La conducta abusiva impacta en la vida de una niña, niño o adolescente, quien, por su condición de persona menor de edad no cuenta con la capacidad de autodeterminación sexual, afectando la evolución y desarrollo integral de su personalidad. El abuso sexual interfiere en el desarrollo psico-afectivo de niñas, niños y adolescentes, lo que genera la interrupción de su proyecto de vida, construido con las expectativas de futuro y de un proceso de desarrollo físico, psicológico, moral y sexual sano.⁶⁵⁰

Como ha sido advertido, prácticamente todos los fallos de la Corte Nacional de Justicia referidos a delitos sexuales tienen como víctimas a niñas y adolescentes. De ahí que frecuentemente la Corte invoque el principio del interés superior del niño/a.⁶⁵¹ En

⁶⁴⁹ Juicio N° 918-P-2010-LBP (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, pp. 266-267.

⁶⁵⁰ Ver, por ejemplo, el Juicio N° 84-2011-P-LBP (Atentado al Pudor), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, pp. 256-260; la Resolución 502-2013 (Sala Penal CNJ), Juicio 1451-2012 (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013 – diciembre de 2013*, Quito, 2013, 3ª. Ed., p. 243.

⁶⁵¹ Este principio tiene rango constitucional. Así, el Art. 44 de la Constitución de la República de 2008 establece lo siguiente: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.- Las niñas,

opinión de Miguel Cillero Bruñol, la Convención de los Derechos del Niño establece una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño/a y los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes reconocidos por el Estado, de modo que es posible afirmar que este principio implica la satisfacción integral de sus derechos:

[...] la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin duda, al perfeccionamiento de la vida democrática.⁶⁵²

Por su parte, Farith Simon Campaña sostiene que el acuerdo generalizado sobre la importancia del interés superior del niño en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina

niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.” El Código de la Niñez y Adolescencia, vigente desde el año 2003, en su Art. 11 define el interés superior del niño/a como un principio “orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.- Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.- Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.- El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.”

⁶⁵² Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en: Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, eds., *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010, p. 105-

contrasta con las discrepancias sobre su contenido, alcance y forma de aplicación. Ciertamente, este principio suele ser utilizado por jueces y juezas para imponer sus opciones y valoraciones personales en los casos sujetos a su conocimiento. Para evitarlo, deben establecerse exigencias en cuanto a la forma en que jueces y juezas justifican sus decisiones. Se trata de determinar los intereses –derechos– en juego, la imposibilidad de satisfacción simultánea de esos derechos y la demostración de parte quien juzga de que su decisión contribuye a la satisfacción del interés del niño, niña o adolescente, entendida como el respeto y garantía de sus derechos.⁶⁵³

La Corte Nacional de Justicia ha expresado que las autoridades judiciales deben ajustar sus decisiones y acciones para garantizar el principio del interés superior del niño, contenido en el artículo 44 de la Constitución, y los derechos que le corresponden por su pertenencia a un grupo de atención prioritaria. Ha manifestado que los procesos penales que involucran a víctimas menores de edad tienen una importancia especial para las y los juzgadores ya que, sin desconocer el derecho a la defensa del procesado, el objetivo central es la protección especial de las víctimas:

En la Opinión Consultiva OC-17/2002250, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que el “interés superior del niño” implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Al respecto, la Corte Constitucional para el período de transición analiza el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, indicando en lo principal lo siguiente: “...interpretada en su integralidad e interconexión es un principio rector-guía, en los

106.

⁶⁵³ Farith Simon Campaña, *Interés Superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva*, Quito, Ediciones Iuris Dictio, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, 2014, pp. 13-19.

términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, y a la vez, es un principio constitucional directamente aplicable y justiciable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que establece el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente. [...] En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e internacional, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. Específicamente, esta obligación respecto de las/os niñas/os consta en el artículo 46 numeral 4 de la Constitución vigente y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no solo como medidas positivas, sino como especiales de protección”. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. En la Observación General N° 9 sobre los derechos de los niños con discapacidad, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos solicitó a los Estados adoptar medidas suplementarias, cuando fuere necesario, para garantizar que las niñas con discapacidad estuvieran bien protegidas, tuvieran acceso a todos los servicios y estuvieran plenamente incluidas en la sociedad. Disposiciones que se convierten en un conjunto de obligaciones de los Estados que incluyen la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales u otras medidas para prohibir y prevenir la violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad, investigar y sancionar los actos de violencia, y garantizar vías de recurso y reparación a las víctimas.⁶⁵⁴

⁶⁵⁴ Juicio N° 918-P-2010-LBP (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, pp. 267-268.

La aplicación del principio del interés superior –dice la Corte, obliga a analizar la situación particular de cada niño, niña o adolescente en los procesos de justiciabilidad de sus derechos, cuando éstos han sido vulnerados. Y agrega que, en el caso de los delitos sexuales, deberá determinarse la existencia de las condiciones que colocaron en situación de vulnerabilidad a la víctima, como es el caso de la convivencia con el agresor⁶⁵⁵, lo cual brinda elementos no solo para aplicar una adecuada proporcionalidad en la determinación de la pena, sino para implementar en favor de la víctima “medidas especiales de protección”:

La interpretación constitucional debe conectar en el caso sub iudice el interés superior de niñas, niños y adolescentes al estatuto específico de derechos, que busca el ejercicio progresivo de los derechos de niñas, niños y adolescentes en la medida que puedan asumir responsabilidad por las decisiones que afecten sus vidas; [...] a partir del Estado constitucional de derechos y justicia, es indispensable que respecto de niñas, niños y adolescentes se tomen medidas permanentes y estructurales de atención prioritaria, de acuerdo a lo que determinan los artículos 44 y 46 de la Constitución vigente y lo que el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José”, llaman “medidas especiales de protección.” La interpretación de la Corte Constitucional de la aplicación del principio de interés superior obliga a analizar la situación particular de cada niño, niña o adolescente en los procesos de justiciabilidad de sus derechos cuando han sido vulnerados. En el caso analizado cabe indicar la existencia de condiciones que colocaron a la adolescente en permanente vulnerabilidad, la convivencia sexual con el agresor a temprana edad, que merecen una especial consideración a la luz de este principio y dan elementos para aplicar

⁶⁵⁵ Aida Tarditti, Ob. cit., pp. 35-37, muestra que los delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes no se denuncian, precisamente, por la vulnerabilidad de las víctimas. La incidencia de que el autor pertenezca al ámbito de las personas conocidas por el niño, niña o adolescente es estadísticamente alta. Por ello, la falta de denuncia implica a impunidad de los autores y la posibilidad de nuevos hechos de violencia.

una adecuada proporcionalidad para la determinación de la pena [...].⁶⁵⁶

Históricamente el principio del interés superior del niño/a se ha planteado como pauta de solución en los casos en que existe tensión entre los derechos de los niños y los derechos de otras personas. En estos casos el principio funciona como una “cláusula de prioridad”, es decir, para ponderar derechos en juego, dando mayor peso a los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando se encuentran enfrentados con derechos de otros, siempre que no exista otra vía de solución.⁶⁵⁷ En la práctica, sin embargo, los jueces y juezas hacen referencia a este principio sin analizar su significado o las razones para aplicarlo al caso concreto, limitándose a citarlo como referencia para la decisión. Tampoco explican la forma en que la decisión contribuye a la protección y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes.⁶⁵⁸

En este sentido, en el análisis del abuso sexual infantil es importante mencionar la relación que existe entre el enfoque de derechos de la niñez y adolescencia y el enfoque de género. En efecto, la violencia sexual que se comente en contra de niñas, niños y adolescentes está atravesada por relaciones de poder y subordinación. El adultocentrismo concibe al adulto como el centro de la sociedad, pero no de cualquier

⁶⁵⁶ Juicio N° 1002-2013 (Sala Penal CNJ), Resolución N° 488-2012 (Violación), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013 – diciembre de 2013*, Quito, 2013, 3ª. Ed., pp. 357-358.

⁶⁵⁷ Farith Simon Campaña, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, t. I, Quito, Cevallos editora jurídica, 2008, pp. 318-333.

⁶⁵⁸ Farith Simon Campaña, *Interés Superior del Niño...*, Quito, Ediciones Iuris Dictio, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, 2014, pp. 246-248. En esta misma línea de reflexión, un reciente estudio realizado por Silvia Amores Osorio y Rosa Valladares Paz (“Cómo perfilar el interés superior de niño para su aplicación en las resoluciones y sentencias judiciales de Ecuador”, en: *Revista de investigaciones jurídicas Illumanta*, Quito, Corte Nacional de Justicia, enero de 2014, pp. 45-47), a partir de una muestra de 20 sentencias de la Corte Nacional de Justicia sobre diversos temas, incluido el relativo a delitos sexuales, revela que si bien en el 90% de las decisiones se hace mención al principio del interés superior del niño/a y en el 40% de ellas los jueces o juezas analizan las normas empleadas, sin embargo, solamente el 20% de ellos alude expresamente al derecho del niño/a a ser escuchado; solo en el 10% de las resoluciones se toma en cuenta la opinión del niño/a en relación con su edad y madurez; y, únicamente el 30% considera al niño/a como protagonista principal de la resolución.

adulto. El principio del interés superior del niño/a surge en contra del proyecto hegemónico que mantiene la autoridad del adulto (varón-blanco-heterosexual-burgués-urbano):⁶⁵⁹

[...] Está pendiente abrir un debate sobre la sexualidad, partiendo del profundo significado de estado Laico y ética laica para reconsiderar y redefinir las ideas, los conceptos, comportamientos y prácticas sobre la sexualidad, las relaciones de pareja y las relaciones afectivas. [...] Es imprescindible construir un sistema de justicia que incorpore más profundamente los nuevos y viejos avances teóricos y prácticos en materia de derechos humanos y que sea ese su punto de partida, abandonando visiones androcéntricas y adultocéntricas propias del derecho penal. [...].⁶⁶⁰

4.1.2. La problemática de la violencia contra la mujer en el ámbito intrafamiliar

El análisis feminista del Derecho ha enfatizado que la violencia contra la mujer es la expresión extrema del “control doméstico” que experimentan las mujeres por parte de sus maridos, convivientes, ex parejas. Inclusive, durante mucho tiempo, las legislaciones de los países latinoamericanos fueron cómplices del “privilegio masculino” para el ejercicio de la violencia doméstica. Históricamente, la familia fue vista como un dominio privado en el cual el Estado solo podía interferir en circunstancias especiales o, en todo caso, cuyo control era delegado al marido. Esta concepción fue particularmente problemática en torno a temas como la violencia intrafamiliar que, al ocurrir en la esfera privada, fue prácticamente invisibilizada.

El abordaje del fenómeno de la violencia contra las mujeres requiere una precisión

⁶⁵⁹ Gayne Villagómez Weir, Ob. cit., pp. 419-420.

conceptual:⁶⁶¹ Se señala que el empleo de las expresiones “violencia doméstica”, “violencia familiar” o “violencia intrafamiliar”, sin ninguna distinción de género, pone el acento en los casos de malos tratos ocurridos en el ámbito familiar que afectan a todos sus miembros, no solo a la mujer. Aquí, la violencia constituiría una manifestación del ejercicio del poder masculino sobre los demás miembros del grupo en el contexto familiar. Por el contrario, la expresión “violencia contra la mujer” representaría un paso adelante en la lucha contra el fenómeno de la violencia sexista, pues coloca la problemática de género en el centro del debate. No se trata de la violencia ejercida contra un integrante de determinado grupo familiar sino de la violencia que sufre la mujer por su pertenencia al género femenino. Por tanto, cuando hablamos de “violencia de género” en realidad estaríamos hablando de la violencia que se ejerce contra la mujer en razón de su género:

[...] la expresión “*violencia doméstica o familiar*” responde a un sentimiento de propiedad y de superioridad por parte de un miembro de la unidad familiar hacia otro u otros (ya sea su pareja, hijos, padres, etc.). Esta clase de violencia se dirige hacia las otras personas con la finalidad de mantener el *statu quo*, la situación de dominación, de sometimiento y de control. La “*violencia de género o violencia contra la mujer*”, por el contrario, radica esencialmente en el desprecio hacia la mujer por el hecho de serlo, en considerarla carente de derechos, en rebajarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera.⁶⁶²

En otras palabras, el enunciado “violencia de género” envuelve una noción amplia que comprende la categoría “violencia contra la mujer”, que con mucha frecuencia se

⁶⁶⁰ Gayne Villagómez Weir, Ob. cit., p. 433.

⁶⁶¹ Jorge Eduardo Buompadre, *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2013, pp. 20-22.

⁶⁶² Jorge Eduardo Buompadre, Ob. cit., p. 31.

expresa en el contexto doméstico o familiar, pero no sólo en este ámbito. La violencia de género sería parte de una estrategia de poder y control ejercida por el varón –al amparo de patrones culturales dominantes– para mantener la situación de subordinación y dependencia de la mujer tanto en el contexto privado como en el público:

[...] la *violencia familiar* o en el marco de las relaciones familiares o domésticas (o intrafamiliares) es aquella representada por el empleo de fuerza física, sexual o psicológica u otros comportamientos violentos entre miembros de un determinado grupo familiar, mientras que la *violencia de género o contra la mujer* implica también cualquier acto de violencia –activo u omisivo–, físico, sexual, psicológico, moral, patrimonial, etc., que inciden sobre la mujer por razón de su género, basado en la discriminación, en las relaciones de desigualdad y de poder asimétricas entre los sexos que subordinan a la mujer, sea en la vida pública o en la privada, incluida la que es perpetrada o tolerada por el Estado.

663

En el Ecuador, debido a la lucha y la movilización de las organizaciones de mujeres, en el año 1995 se aprobó la Ley 103 sobre Violencia a la Mujer y la Familia – conocida como “Ley 103”–. Por su parte, la Constitución Política de 1998 reconoció el derecho de las mujeres a la integridad personal y prohibió la violencia física, psicológica, sexual y la coacción moral. Estableció el derecho de las víctimas de violencia doméstica a recibir atención prioritaria, preferente y especializada tanto en el

⁶⁶³ Jorge Eduardo Buompadre, Ob. cit., pp. 33-34. Alba Lucía García Suárez, *Lineamientos de política pública sobre violencia de género*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 41, señala que la violencia contra las mujeres es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. En efecto, la desigualdad que existe entre hombres y mujeres es resultado de la creencia social de la superioridad del hombre sobre la mujer. Por su parte, Eduardo Ramón Ribas, “Los delitos de violencia de género: objeto de protección”, en: Eduardo Ramón Rivas y otras, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, 2009, pp. 33, recuerda que la aprobación de las leyes contra la violencia doméstica se produjo como resultado de la paulatina percepción ciudadana de la gravedad del maltrato practicado sobre las mujeres por parte de los hombres, es decir, cuando la violencia que se produce contra las mujeres es sacada del ámbito privado para convertirse en un asunto de interés público. Por tanto, cuestiona el tratamiento que se sigue dando al fenómeno de la violencia contra la mujer como “un caso más de maltrato familiar”.

ámbito público como en el privado. Y comprometió al Estado en la adopción de las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia contra las mujeres. Pero es a partir de la Constitución del año 2008 que la violencia contra la mujer que ocurre en el ámbito intrafamiliar pasa a ser considerada como delito. De acuerdo con el nuevo texto constitucional, corresponde a la ley establecer procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de este delito, garantizando el derecho de las víctimas a la no re-victimización y a una reparación integral.

En el ámbito penal, y hasta antes de la aprobación del nuevo Código Orgánico Integral Penal, los casos de violencia física hacia las mujeres acaecidos en el entorno doméstico –o en el contexto de las relaciones personales entre los cónyuges, convivientes o ex parejas– fueron abordados en el marco del delito de lesiones. De la información obtenida a partir del análisis de las resoluciones de las Salas de lo Penal de la Ex Corte Suprema de Justicia se puede afirmar que el poder patriarcal se ejerce de variadas maneras sobre los integrantes de la familia, haciendo del espacio doméstico-familiar un lugar de alto riesgo para la integridad personal y la vida de las mujeres y sus hijos/as. No obstante, ninguna de las decisiones de las salas especializadas de la Ex Corte Suprema estudiadas realizaba un análisis de las relaciones de poder y dominación que originan la violencia doméstica. Tampoco estos fallos se referían a los derechos de las mujeres que se ven vulnerados y/o amenazados a causa de las agresiones físicas, psicológicas, morales o de carácter sexual de las que son víctimas.

En el año 2008, con la aprobación de la nueva Constitución, se reconoce el derecho de las personas a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual; y, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado ecuatoriano asume el compromiso de implementar las medidas necesarias

para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial, la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, la esclavitud y la explotación sexual (Art. 66, núm. 3). Las víctimas de infracciones penales tienen derecho a protección especial, a no ser re-victimizadas, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y a la protección de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Igualmente, tienen derecho a que se adopten en su favor mecanismos para una reparación integral, lo que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado (Art. 78). La Constitución remite a la ley el establecimiento de procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección (Art. 81).

La nueva Corte Nacional de Justicia ha destacado la importancia del proceso de lucha emprendido por el movimiento de mujeres para demandar del Estado ecuatoriano una respuesta eficaz –en cuanto a la prevención, la atención y protección especializadas, y la correspondiente sanción– frente al fenómeno de la violencia contra las mujeres. La Corte Nacional ha señalado que la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia representó un hito en el camino de reconocimiento de la violencia contra las mujeres como un asunto de interés social y político, y como resultado de los compromisos asumidos por el Estado en el ámbito internacional:

Si bien es cierto el ámbito de aplicación de la ley se limitaba al intrafamiliar, la decisión del legislador de sancionar la violencia en sus dimensiones física, psicológica y sexual, por constituir una violación del derecho a la integridad personal garantizado

constitucionalmente, significó la materialización del peligro y riesgo concreto que sufrían las mujeres víctimas de violencia por parte de sus cónyuges, parejas y los demás integrantes del núcleo familiar. Por lo que la estructura de la ley no contiene únicamente la penalización a los agresores sino también normas de prevención y protección de la mujer víctima de violencia doméstica. Por supuesto que la evolución de la normativa interna fue un efecto de la adopción de tratados internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, suscrita y ratificada por el Ecuador el 17 de julio de 1980, mediante la cual el Estado Ecuatoriano se compromete a sancionar todas las formas de discriminación contra la mujer, garantizando a las mujeres, sin discriminación, el goce de todos sus derechos.⁶⁶⁴

La Corte Nacional también ha manifestado que el tratamiento jurídico de la violencia contra la mujer presenta ciertas particularidades, como es el caso de las medidas de amparo que tienen por objeto proteger a las mujeres víctimas de violencia. La obtención de estas medidas, de acuerdo con la Corte Nacional, debería efectuarse a través de un procedimiento judicial rápido, sencillo y accesible a todas las víctimas. De esta manera, cuando la integridad personal o seguridad de la mujer víctima de violencia se encuentre en riesgo, se deberían disponer, de oficio o a petición de cualquier persona que conozca del hecho de violencia, diversas medidas de amparo que pueden consistir en: boletas de auxilio, órdenes de salida del agresor de la vivienda, prohibición o restricción del acceso del agresor a la persona violentada, evitar que el agresor, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima o algún miembro de su familia, reintegrar al domicilio a la persona agredida disponiendo la salida simultánea del agresor, otorgar la custodia de la víctima menor de

⁶⁶⁴ Incidente de competencia negativa No. 02-2012-Pleno, Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, p. 34.

edad o “incapaz” a persona idónea y la orden de tratamiento al que deban someterse las partes y los hijos menores de edad si fuere del caso.⁶⁶⁵

A raíz de la presentación del proyecto de Código Orgánico Integral Penal se actualizó el debate en torno a la regulación del delito de violencia contra la mujer y la incorporación del femicidio en el catálogo de delitos, demandas que abogan por la incorporación de la experiencia femenina en las normas penales.⁶⁶⁶ En cuanto a la violencia contra la mujer, diversas organizaciones de mujeres de todo el país defendieron lo que consideraron logros de la Ley 103, producto del compromiso asumido por el Estado en la Constitución y los convenios internacionales sobre la materia ratificados por el Ecuador, y exigieron:⁶⁶⁷

1. La creación de un procedimiento especial y expedito para la investigación y sanción de la violencia contra la mujer; que el juzgamiento de las contravenciones y delitos de violencia contra la mujer, ya sean de orden físico, psicológico, sexual o patrimonial, esté a cargo de juezas y jueces especializados en todos los cantones del territorio nacional.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ Incidente de competencia negativa No. 02-2012-Pleno, Corte Nacional de Justicia, Ob. cit., p. 37.

⁶⁶⁶ El nuevo Código Orgánico Integral Penal define el delito de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar como “toda acción que consista en maltrato, físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar”, considerando miembros del núcleo familiar al cónyuge, pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanos/as, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado/a mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación (artículo 155). La violencia física es sancionada con las mismas penas previstas para el delito de lesiones aumentadas en un tercio; la violencia psicológica se sanciona con penas que van desde los treinta días a tres años, dependiendo de los daños que provoque en las víctimas; mientras que la violencia sexual se sanciona con las penas previstas en los delitos con la libertad sexual y reproductiva (artículos 156, 157 y 158). Para Jorge Eduardo Buompadre, Ob. cit., p. 21, la incorporación de los delitos de género en el Código Penal representa un escalón más en la lucha contra la violencia sexista.

⁶⁶⁷ Comité Nacional de Defensa de la Ley 103, Propuestas frente al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, Quito, julio de 2012.

⁶⁶⁸ Al respecto, es importante mencionar que la implementación de Juzgados de Violencia contra la Mujer –tanto para el juzgamiento de delitos como de contravenciones–, ha sido considerada por el movimiento

2. El mantenimiento de las medidas de amparo que constaban en la Ley 103 y que éstas puedan ser dictadas en forma inmediata.
3. La implementación de oficinas técnicas de apoyo a la mujer víctima de violencia en áreas psicológica, social y médica.
4. El fortalecimiento del sistema de protección a víctimas y testigos y que el mismo se active a partir de la disposición del juez o jueza especializado; que dicho sistema trabaje articuladamente con la institucionalidad pública de salud, policía nacional, etc.
5. La obligatoriedad de disponer la indemnización de daños y perjuicios, por parte de jueces y juezas en el momento dictar su resolución o fallo, es decir, que no se exija que la víctima presente acusación particular para acceder a dicha indemnización.
6. Que el juez o jueza especializada mantengan la competencia si se producen nuevos actos de violencia, salvo que la víctima cambie de domicilio; entre otras demandas.

Otras organizaciones expresamente acusaron al proyecto de Código Orgánico Integral Penal (COIP) de constituir un verdadero “retroceso”, pues no definía un procedimiento especial y expedito para el juzgamiento y sanción de la violencia contra

social, la doctrina y la jurisprudencia, como una medida de acción positiva en favor de las mujeres. Se señala que, junto a la denominada igualdad formal, los poderes públicos están obligados a promover la llamada igualdad material, lo cual implica crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos y todas en la vida política, económica, cultural y social. Este tipo de medidas se adoptan para compensar una situación de desigualdad social, resultado de relaciones de dominio y superioridad de los hombres en perjuicio de las mujeres, fruto de una lamentable herencia histórica. Ver: Rosa Arrom Loscos, “Los juzgados de violencia sobre la mujer. Algunos problemas prácticos”, en: Eduardo Ramón Rivas y otras, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, 2009, pp. 63-71. La actual Corte Nacional de Justicia considera que la creación de organismos especializados, de carácter administrativo y judicial, permite hacer efectiva la justicia de género. Ver: Incidente de competencia negativa No. 02-2012-Pleno, Corte Nacional de Justicia, Ob. cit., p. 35.

la mujer. Se señaló que con un procedimiento como el propuesto, que podía durar de seis meses a un año, no se podía hablar de una verdadera protección. Esta situación llevó a que se exija un procedimiento eficaz y oportuno que permita a las víctimas de violencia obtener medidas de protección de carácter emergente y, de esta manera, garantizarles el acceso efectivo a la justicia, tal como lo establece la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. En efecto, el proyecto de COIP requería solicitud motivada del fiscal para la concesión de medidas de amparo, lo cual, de acuerdo con las organizaciones de mujeres, colocaba a las víctimas de violencia en situación de indefensión, más vulnerables a agresiones sucesivas. Se insistió, entonces, en la importancia de poder otorgar medidas de amparo sin necesidad de solicitud fiscal ni audiencia contradictoria, pudiendo llegar a ser ratificadas en sentencia.⁶⁶⁹

Como se puede apreciar, en el debate social del proyecto de Código Orgánico Integral Penal, uno de los principales requerimientos de las organizaciones de mujeres del Ecuador fue lograr la protección de las víctimas de violencia, a través de la implementación de mecanismos que aseguren su amparo efectivo. Desde la doctrina⁶⁷⁰ se señala que las mujeres víctimas de violencia requieren protección especial por parte de los poderes públicos en diferentes áreas: protección jurídica, con un apropiado tratamiento de los tipos penales y con instrumentos procesales adecuados para asegurar que la ley se aplique de forma rápida y efectiva; protección económica en caso de que las mujeres agredidas carezcan de medios propios para poder mantenerse a sí mismas y

⁶⁶⁹ Cabildo por las Mujeres, Encuentro de Socialización, y Debate del Código Orgánico Integral Penal, Cuenca, julio de 2012.

⁶⁷⁰ Irene Nadal Gómez, “La administración autonómica y la acusación popular en los delitos de violencia de género”, en: Eduardo Ramón Rivas y otras, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal*

a su familia; y, protección social para el desarrollo normal de sus actividades habituales.

En este contexto, las medidas de amparo cobran una gran importancia. Se afirma que los poderes públicos están obligados a eliminar cualquier obstáculo que impida a las mujeres víctimas de violencia obtener de las autoridades competentes las medidas que sean necesarias para preservar su integridad física, psicológica y moral. El otorgamiento de medidas de amparo responde a la necesidad de proteger los derechos humanos y restablecer el equilibrio biopsicosocial de la mujer agredida.⁶⁷¹

Directamente relacionada con la protección que el Estado otorga a la mujer víctima de violencia es la regulación del delito de desacato de este tipo de medidas. En cuanto al quebrantamiento de las medidas de amparo, la Corte Nacional de Justicia ha manifestado que dicha violación es considerada una infracción punible y pesquisable de oficio, razón por la que, si se demuestra que el procesado no acató las medidas de amparo ordenadas por la autoridad competente, debe ser declarado autor de la infracción y recibir la sanción correspondiente.⁶⁷²

Pero aun cuando es importante lograr una adecuada protección jurídica por parte del Estado, no hay que dejar de lado la problemática de la doble victimización. Al producirse los hechos de violencia en el ámbito doméstico familiar, la respuesta de los

y *procesal*, Madrid, 2009, pp. 112.

⁶⁷¹ Miguel Ángel Ramos Ríos, *Violencia familiar. Protección de la víctima frente a las agresiones intrafamiliares*, Lima, 2013, 2a. Ed., p. 267.

⁶⁷² Resolución N° 0699-2013, Juicio N° 1326-2012, Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013 – diciembre de 2013*, Quito, 2013, 3ª. Ed., pp. 290-291. Desde la doctrina se discute si el bien jurídico a ser protegido es la efectividad de las decisiones de la Administración de Justicia o si, por el contrario, se trata más bien de la protección de la mujer agredida. Si se admite este último criterio resulta relevante el consentimiento de la víctima, por lo tanto, si la víctima consiente el acercamiento del agresor, no se habría producido delito alguno. Sin embargo, desde otras posturas se plantea que dicho consentimiento no tiene validez, ya que es la administración de justicia la principal protegida por este delito. Al respecto, consultar: Irene Nadal Gómez, *Ob. cit.*, pp. 216-217.

poderes públicos, en la mayoría de los casos, está supeditada a que la víctima los denuncie; no obstante muchas veces las mujeres en situación de violencia no llegan a percibir la existencia de alternativas para lograr su protección. Junto a los daños sufridos por la violencia de la que fue objeto, la mujer sufre un nuevo daño debido a la incompreensión familiar y social y, en no pocos casos, es culpabilizada de su situación. La mujer debe prestarse a seguir el proceso penal, someterse a las pruebas forenses que sean requeridas y rendir su testimonio en la audiencia de juicio; si falla alguno de estos elementos es posible que la violencia no trascienda más allá del ámbito familiar o que no pueda conseguirse la prueba suficiente para obtener una sentencia condenatoria. Además, frecuentemente la mujer debe asumir otros procesos judiciales en el ámbito del Derecho del Familia (juicios de alimentos, tenencia, visitas, divorcio), que le enfrentan de nuevo con su situación.⁶⁷³

Existe un elevado porcentaje de casos de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar o en el de las relaciones de pareja que queda oculto. Entre las razones para no efectuar la denuncia se incluyen las siguientes:⁶⁷⁴ la dependencia económica, la situación de los/as hijos/as, el miedo al rechazo o a la crítica por parte de la sociedad, la minimización del problema, vergüenza, miedo al agresor, preocupación por el futuro, temor a la soledad o a la precariedad económica, creencia de que el “asunto” puede resolverse en privado, falta de autoestima, falta de confianza en la justicia, etc.

El hecho de que la mujer “retire” su denuncia, decida no comparecer ante el órgano judicial competente o, aun compareciendo, se niegue a declarar o se retracte de

⁶⁷³ Irene Nadal Gómez, Ob. cit., pp. 213-214.

⁶⁷⁴ Ma. Ángeles Catalina Benavente, “La denuncia en los casos de violencia de género”, en: Raquel Castillejo Manzanares, dir., y Ma. Ángeles Catalina Benavente, coord., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 330-331.

sus afirmaciones iniciales, crea una serie de dificultades en el proceso de juzgamiento y sanción de este tipo de delitos en los que la declaración de la víctima generalmente es la única prueba del hecho. Esta explicable actitud de la víctima no siempre es comprendida por los operadores jurídicos. A partir de la implementación del Código Orgánico Integral Penal, diversas organizaciones de asistencia a las víctimas de violencia⁶⁷⁵ han cuestionado el hecho de que juezas y jueces se niegan a dictar medidas de amparo en favor de las víctimas o, habiéndolas dictado inicialmente, las revocan si el delito no llega a ser comprobado. En otras ocasiones, están declarando como maliciosas y temerarias las denuncias presentadas por las mujeres agredidas, al haberse retractado o al no haberse probado el delito.⁶⁷⁶

Este tipo de contratiempos que afectan a las víctimas de violencia, ha hecho que, desde la doctrina, se cuestionen las campañas impulsadas desde los poderes públicos tendientes a concienciar a la sociedad sobre la necesidad de denunciar los hechos de violencia contra la mujer que ocurren en el ámbito doméstico familiar, con énfasis en la importancia de la sanción penal, cuando el sistema no necesariamente está organizado

⁶⁷⁵ Ver el Informe de la Subcomisión creada con el propósito de elaborar una propuesta de reforma del Código Orgánico Integral Penal en cuanto en cuanto a la tipificación y juzgamiento del delito de violencia contra la mujer, por parte de la Mesa Cantonal para la Erradicación de la Violencia de Género –que aglutina a instituciones públicas y privadas que trabajan en la prevención, atención y sanción de la violencia–, Cuenca, diciembre de 2014.

⁶⁷⁶ De acuerdo con el Art. 520 del Código Orgánico Integral Penal sobre las “Reglas generales de las medidas cautelares y de protección”, la o el juzgador podrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Las medidas cautelares y de protección podrán ordenarse en delitos. En caso de contravenciones se aplicarán únicamente medidas de protección. 2. En delitos, la o el juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal, una o varias medidas cautelares. En contravenciones, las medidas de protección podrá disponerlas de oficio o a petición de parte. 3. La o el o el juzgador resolverá de manera motivada, en audiencia oral, pública y contradictoria. De ser el caso, se considerará las solicitudes de sustitución, suspensión y revocatoria de la medida, u ofrecimiento de caución que se formule al respecto. 4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada. 5. Deberán cumplirse en forma inmediata después de haber sido ordenadas y se notificará a los sujetos procesales de conformidad con lo previsto en este Código. 6. La interposición de recursos no suspenderá la ejecución de las medidas cautelares o medidas de protección. 7. En caso de incumplimiento de la medida cautelar por parte de la persona procesada, la o el fiscal solicitará su sustitución por otra medida más eficaz. 8. La o el juzgador vigilará el cumplimiento

para proteger a la víctima. Se dice que el objetivo, por tanto, no debería ser el de conseguir un mayor número de denuncias, sino mayores niveles de protección.⁶⁷⁷

Las investigaciones muestran que la violencia intrafamiliar que se ejerce en contra de las mujeres tiende a repetirse y agravarse en el tiempo, por lo que, sin ningún tipo de intervención, estos episodios pueden terminar en la muerte de las víctimas de la violencia, de los agresores, de los hijos/as. Está suficientemente documentado que, cuando la mujer es quien comete el homicidio, es muy probable que lo haya hecho en respuesta a la violencia sufrida.⁶⁷⁸ Así, de acuerdo con estudios realizados en los Estados Unidos, de todos los homicidios perpetrados la gran mayoría son cometidos por hombres y solo un escaso porcentaje corresponde a homicidios cometidos por mujeres, la mayoría de las cuales había sido víctima de violencia.⁶⁷⁹ En este contexto, las acciones de la mujer acusada de homicidio han sido justificadas o excusadas en base al temor de que continúe o se agrave la violencia. En efecto, a partir de datos como: la frecuencia y el rigor del abuso, las amenazas de muerte, el peligro para los hijos u otros seres queridos –incluido el abuso sexual–, la violación marital, el abuso de alcohol y otras drogas, la presencia de otros correlatos de violencia, como la destrucción de bienes, etc. se ha llegado a considerar que las mujeres que matan en defensa propia perciben el peligro como algo inminente –no necesariamente inmediato–, lo que ha dado lugar a que se modifiquen los estándares para las defensas de justificación.

Con el propósito de satisfacer los estándares de defensa propia cuando la mujer

de las medidas cautelares y de protección con intervención de la Policía Nacional.

⁶⁷⁷ Ma. Ángeles Catalina Benavente, Ob. cit., p. 332.

⁶⁷⁸ Mildred Pagelow, “Mujeres golpeadas y Homicidio”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 8. Violencia Familiar-Conyugal*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2010, pp. 51-53.

⁶⁷⁹ Éste es el caso del estudio de Leonore E. A. Walker, “Cuando la mujer golpeada se convierte en acusada”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 8. Violencia Familiar-Conyugal*, Córdoba, Encuentro

que ha sido víctima de violencia mata a su agresor se ha aceptado el testimonio de un testigo experto –perito– que pueda dar cuenta de la existencia del Síndrome de la Mujer Golpeada. Dicho testimonio se presenta después de una minuciosa evaluación psicológica, que incluye una reseña del historial de abuso y una valoración del estado mental actual de la mujer, para determinar si ella actuó de acuerdo a los efectos esperados del Trastorno de Estrés Postraumático, causado por el trauma psicológico derivado de la violencia. Es importante mencionar que este diagnóstico se emplea para una defensa de justificación, debido a la vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres de volver a ser víctimas de violencia por sus parejas, antes que para una defensa de salud mental. El Síndrome de la Mujer Golpeada como una teoría de defensa propia ha sido de gran utilidad para aquellas mujeres golpeadas –acusadas de homicidio– que no se comportaban de acuerdo al estereotipo de la “víctima buena” (la víctima pasiva que no trata de defenderse).⁶⁸⁰

No obstante, el razonamiento estereotipado de jueces y juezas puede llegar a perpetuar la situación de desigualdad en la que se encuentran muchas mujeres que han sido víctimas de violencia por parte de sus parejas. En el ámbito latinoamericano tenemos un caso paradigmático que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Colombia respecto del homicidio cometido por una mujer que había sido “sistemáticamente maltratada”.⁶⁸¹ En dicha decisión la Corte Suprema desestimó la conclusión a la que había llegado un Tribunal en el sentido de que la conducta de la mujer fue producto de un “ataque de celos” y no de la violencia que había soportado por

Grupo Editor, 2010, pp. 11-14.

⁶⁸⁰ Leonore E. A. Walker, Ob. cit., pp. 14-17.

⁶⁸¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de 7 abril 2010, Proceso 27595, en: Isabel Agatón Santander, *Justicia de género: un asunto necesario*, Bogotá, Editorial Temis S. A., 2013, pp. 36-38.

parte de su esposo, de quien además dependía económicamente. En efecto, la procesada había experimentado un encierro físico en contra de su voluntad durante varios días, ejecutado por su pareja; privada de la alimentación durante esos días; recibido recriminaciones e insultos; y amenazada con un arma de fuego que su marido guardaba. Ante la decisión de la mujer de salir del encierro y la negativa alterada de su esposo, la mujer disparó el arma de fuego. La Corte Suprema realizó una valoración de las circunstancias en que había tenido lugar el encierro y la violencia psicológica sufrida por la mujer y concluyó que dichos aspectos fácticos configuraban una situación de violencia por razones de sexo, y que la acción de la inculpada de darle muerte a su esposo se originó de modo directo en la situación de violencia psicológica y física a la que había sido sometida.

En el Ecuador, la Corte Nacional de Justicia resolvió un recurso de casación⁶⁸² presentado por el acusador particular en contra de la sentencia emitida por una Sala de Garantías Penales de Corte Provincial que rechazó el recurso de apelación planteado por dicho acusador y aceptó parcialmente el interpuesto por la sentenciada, a quien le impuso la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, como autora del delito de parricidio, por considerar que cuando sucedieron los hechos la acusada se encontraba bajo el efecto de un shock psicótico, producto del síndrome de mujer maltratada.

De acuerdo con el voto de mayoría del Tribunal de Casación, si quien al momento de cometer un acto delictivo se encuentra bajo los efectos de una perturbación mental relativa en la que tenga disminuida su capacidad de entender o querer, no

⁶⁸² Resolución N° 1051-2013 (Sala Penal CNJ), Juicio N° 1315-2012 (Parricidio).

El texto completo de la sentencia analizada puede ser encontrado en: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2013jn/R1051-2013-J1315-2012-PARRICIDIO.pdf. Consultada el 29 enero de 2015.

estando completamente imposibilitada para hacerlo, deberá responder por la infracción cometida; sin embargo la pena podrá ser disminuida. De esta manera se le atribuye una responsabilidad atenuada:

La procesada al contradecir la fundamentación del recurso de casación planteado por la acusación particular, también solicitó que se tome en consideración la violencia intrafamiliar ejercida por muchos años, por el ahora occiso en contra de su cónyuge (procesada), quien fue objeto de agresión sistemática, provocándole trastornos psicológicos de dependencia y quebrantos en su salud emocional, lo que el Tribunal ad quem, sí lo consideró al establecer en la sentencia atacada que ni el síndrome de mujer maltratada, ni la personalidad dependiente, ni el trastorno psicótico agudo transitorio, producen imposibilidad absoluta de entender o de querer, por lo que a criterio de los juzgadores de instancia, no es aplicable el Art. 34 del Código Penal, que se refiere a la perturbación mental absoluta; sin embargo es constatable la disminución de la capacidad de entender o querer, aplicando los jueces de instancia en forma acertada la disposición del artículo 35 ibídem, que se refiere a la perturbación mental relativa; ya que a criterio de este Tribunal, no se ha podido establecer en forma técnica, que al momento del acto, la sentenciada atravesaba por un estado de crisis que la convierta en perturbada mental absoluta o inimputable, por lo que analizado a la luz de la sana crítica, el padecimiento de la procesada al momento del acto, únicamente estaba disminuida dicha capacidad de entender o de querer, por lo que no estaba completamente imposibilitada y por lo tanto debe responder por la infracción cometida, pero la pena se la disminuirá de un cuarto a la mitad como lo señala el artículo 50 del Código Penal y es el fundamento legal en el que se sustentaron los jueces ad quem, para imponerle la pena de 4 años de reclusión mayor ordinaria, que comparte este Tribunal de mayoría, porque la psiquiatría moderna ha puesto de manifiesto la existencia de una zona intermedia crepuscular, entre la perfecta salud mental y la enajenación, alteración o enfermedad mental, en la cual no se está completamente loco, ni absolutamente sano, señalando los penalistas clásicos, como semi-locura, que altera parcialmente la inteligencia y la voluntad, debe atribuírsele una responsabilidad atenuada,

una semi-responsabilidad o imputabilidad disminuida. Mientras que la escuela positivista considera a los semi-alineados como inadaptados; pero el concepto moderno de la semi alineación es ecléctico, comprendiendo distintos aspectos psicológicos, psiquiátricos y sociales, porque los admite como una realidad clínica y social indiscutible, por lo que la imputabilidad disminuida, que es el caso, da lugar a la rebaja de la pena [...].⁶⁸³

Por su parte, el voto de minoría⁶⁸⁴ sostuvo que, para que el proceso penal cumpla con su objetivo constitucional, esto es, la realización de la justicia, es necesario efectuar un atento estudio de las circunstancias y condiciones en que ocurrieron los hechos, así como un examen de la personalidad de la procesada. Sólo de esta manera podrá primar la verdad y la justicia. A continuación se destacan los puntos centrales de este voto, por su importancia para el análisis de las características de la violencia intrafamiliar que se comente en contra de las mujeres, y de los efectos que produce en quien la padece.

En cuanto al contexto en que acaecieron los hechos:

1. El voto salvado empieza señalando que toda persona, en su niñez y adolescencia, tiene derecho a un sano desarrollo de su sexualidad, propendiendo a un ejercicio de sus derechos sexuales, entendidos como el poder contar con condiciones seguras para construir dicho ejercicio, sin violencias ni abusos, y agrega que a la procesada no se le garantizó este derecho. En efecto, la procesada había iniciado una vida de pareja a los 13 años de edad, es decir, basada en una situación de violencia sexual.

⁶⁸³ Resolución N° 1051-2013 (Sala Penal CNJ), Juicio N° 1315-2012 (Parricidio), Voto de mayoría, Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho, Período Enero – Diciembre 2013*, Quito, 3ª. Ed. pp. 229-230.

⁶⁸⁴ Resolución N° 1051-2013 (Sala Penal CNJ), Juicio N° 1315-2012 (Parricidio), Voto de minoría. En: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2013jn/R1051-2013-J1315-2012-PARRICIDIO.pdf. Consultada el 29 enero de 2015.

2. La violencia intrafamiliar –continúa– es una especie de violencia de género y, por lo tanto, una forma extrema de discriminación. En el presente caso, la violencia física y psicológica que recibió desde los 13 años de edad por parte de su esposo –y que se prolongó durante 9 años– afectó a la procesada, quien padecía del síndrome de mujer maltratada, producto de lo cual al momento de los hechos estaba en shock psicótico. La procesada manifestaba rasgos de personalidad dependiente; se había adaptado a las condiciones de maltrato que sufría por parte de su cónyuge, quien además abusaba del alcohol.

3. Dice el voto salvado que el espacio doméstico familiar, en circunstancias de respeto e igualdad de derechos, constituye el lugar donde todas las personas encuentran protección y seguridad. No fue éste el caso de la procesada, quien durante 9 años fue privada de sus derechos fundamentales, sometida a agresiones físicas y psicológicas, lo que es una característica que asimila, sin confundir, a la violencia intrafamiliar con la tortura. En este sentido, en la violencia intrafamiliar como en la tortura, la violencia física está íntimamente vinculada a la violencia psicológica, a través del empleo de métodos muy elaborados y sistemáticos que en la violencia doméstica, a diferencia de la tortura, muchas veces son utilizados inconscientemente, pero que tienen como resultado el debilitamiento mental de la persona agredida:

En el caso que nos ocupa, la violencia intrafamiliar física y psicológica, no solo fue reiterada durante 9 años, sino sistémica, puesto que anuló la personalidad y afectó la salud mental de la [procesada]. Así lo expresó el perito psicólogo señor doctor Segundo Miguel Orbe Barahona según consta de la sentencia analizada: "3. [...] Según el testimonio de Segundo Miguel Orbe, la sentenciada tiene una capacidad intelectual normal con pensamientos lentos y su forma de actuar es lógica y coherente. En el área

afectiva tiene un humor variable, agresividad y nerviosismo, tiene un trastorno de personalidad dependiente, desplaza la responsabilidad, limitación en la capacidad de tomar decisiones, tiene episodios depresivos moderados, existe un nivel bajo de autoestima y dependencia extrema a la persona que la maltrata...". Producto de la violencia intrafamiliar, la [procesada], al momento de los hechos juzgados, estaba en un estado mental definido por los peritos psicólogos intervinientes como shock psicótico. En la sentencia cuestionada, se puede leer, que la doctora perito psicóloga María Barbarita Miranda, expresa: "...ha sufrido un shock psicótico en el momento del hecho, producto de la aceptación de los constantes maltratos que ella ha sufrido, que ha provocado un deterioro de su personalidad, que puede haber afectado su conducta; que al momento de la entrevista la capacidad consciente está de manera adecuada por eso se expone a que es un trauma transitorio por síndrome de mujer maltratada". Es decir, la sentenciada sufría de síndrome de mujer maltratada, que se constató al momento de la experticia, pero además, en el momento de los hechos, se encontraba tanto con su personalidad deteriorada como en un estado transitorio de alteración mental producto del maltrato.⁶⁸⁵

4. El esposo de la sentenciada era un agente del orden, y como tal portaba un arma de fuego, como el día de su muerte, lo cual, en un contexto de maltrato y abuso del alcohol se convierte en un elemento que infunde temor. Sin embargo, la acusada a pesar de la violencia física y psicológica que sufría nunca recibió apoyo profesional (según la sentencia impugnada "la señora no

⁶⁸⁵ Resolución N° 1051-2013 (Sala Penal CNJ), Juicio N° 1315-2012 (Parricidio), Voto de minoría, *Ibidem*. Es Rhonda Copelon, autora de la obra "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura", en: Rebecca J. Cook, edit., *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, Bogotá, Profamilia, 1997, p, 114, quien compara la gravedad de la violencia doméstica con la tortura. Según esta autora en la violencia doméstica existen los mismos elementos que en la tortura: sufrimiento físico o mental severo, infligidos de manera intencional, para propósitos específicos, con alguna forma de participación oficial, ya sea pasiva o activa. Ver la obra de Judith Salgado Álvarez, "Manual de Formación en Género y Derechos Humanos", Quito, Corporación Editora Nacional, 2013, p. 157; y, el artículo de Roxana Arroyo y Lola Valladares, "Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres", en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado, Lola Valladares, Comp., Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 401.

ha estado en tratamiento psiquiátrico"). Considera el voto salvado que, si la sentenciada hubiera recibido tratamiento especializado es muy probable que, entonces, no llegara a acaecer la muerte de su agresor.

Sobre la condición personal de la procesada, razona el voto salvado:

1. Según se expresa en la sentencia impugnada, al momento de realizar el hecho punible, debido a su estado mental, la capacidad de entender o querer de la procesada se encontraba disminuida, lo cual fue comprobado por las experticias realizadas. Sin embargo –destaca el voto salvado–, no consta que durante el procesamiento se haya considerado el estado mental disminuido de la sentenciada, quien, pese a que los peritos establecieron que padecía de síndrome de mujer maltratada y que estuvo bajo los efectos de shock psicótico, fue sometida a procedimientos policiales e interrogatorios sin el acompañamiento psicológico requerido, lo que vulneró su derecho a la defensa:

La Constitución de la República establece: "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. e) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones..." El derecho a la defensa supone que toda ciudadana y ciudadano, debe contar con los medios que le garanticen igualdad de condiciones procesales, lo contrario, significa que la persona procesada se encuentre en indefensión, de cara a la intervención judicial del Estado. En el caso que nos ocupa la ciudadana al momento de ser detenida, y luego durante el proceso, no estuvo, por su estado mental, esto es por estar afectada por el síndrome de mujer maltratada y haber

atravesado un shock psicótico, en igualdad de condiciones, en su juzgamiento. No tuvo por tanto un juicio justo al no valorarse el daño mental que ella padecía.⁶⁸⁶

2. Según el fallo recurrido, la procesada fue detenida “para continuar con los procedimientos legales” a partir del dato obtenido de una entrevista realizada a su hermana por parte de la policía (“la hermana le ha disparado a su cuñado, la misma que ha corroborado el hecho, y por tanto afronta su responsabilidad”). De esta manera, en opinión del voto salvado, se atentó contra el derecho a la defensa de la procesada, particularmente, el derecho de toda persona a no ser obligada a declarar en contra de sí misma. Dice el voto salvado que, para hacer efectivo este derecho, el Estado debe informar a la persona interesada la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos, lo cual debe verificarse aun antes de que se formule una “acusación” en sentido estricto.
3. Además, de acuerdo con lo que establece la Constitución del Ecuador, la procesada tenía derecho a que, en razón de su situación de víctima de violencia intrafamiliar, y de persona privada de la libertad, el Estado garantizara que su derecho a la defensa incluyera la atención a su doble vulnerabilidad, con el fin de asegurarle un juicio justo. No obstante, la sentenciada no recibió protección por parte del Estado durante los 9 años que sufrió violencia intrafamiliar y tampoco cuando fue procesada por un hecho que tuvo su antecedente, precisamente, en la violencia intrafamiliar.

⁶⁸⁶ Resolución N° 1051-2013 (Sala Penal CNJ), Juicio N° 1315-2012 (Parricidio), Voto de minoría, *Ibidem*.

Para finalizar, y sin que signifique un cuestionamiento a la personalidad del fallecido, el voto salvado incluye una reflexión sobre su estatus como agente del orden. Al respecto, manifiesta que, pese a su formación en el uso progresivo de la fuerza y en técnicas de disuasión y diálogo, el occiso mantenía un hogar caracterizado por la violencia intrafamiliar y el abuso del alcohol, lo que configuró un escenario de riesgo para cualquiera de las personas del núcleo familiar, potenciado por la presencia de un arma de fuego, de dotación, que estaba cargada:

La Policía Nacional es el grupo de ciudadanas y ciudadanos facultados para el uso de la fuerza física, en nombre de la colectividad, para prevenir y reprimir la violación de normas que la sociedad conviene en respetar. Es una institución encargada de velar por la seguridad y la tranquilidad de la ciudadanía, sin discriminaciones fundadas en el origen étnico, el color de piel, el sexo, el credo, la orientación sexual o aquellas que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, el goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. De ahí que la selección del personal de la Policía Nacional sea rigurosa, así como que su comportamiento en el ámbito privado, sea objeto de normas institucionales de acuerdo a las cuales, sus integrantes deben mantener una vida familiar que se caracterice por la unidad y la armonía (artículo 43 del Código de Ética de la Policía Nacional), de manera que la ciudadanía los considere un ejemplo de decencia y honestidad (artículo 44 del Código de Ética de la Policía Nacional). Sin embargo, es evidente, que pese a su formación en el uso progresivo de la fuerza y en técnicas de disuasión y diálogo, el hoy occiso mantenía un hogar caracterizado por la violencia intrafamiliar y el abuso del alcohol, lo que condicionó un escenario con potencial riesgo para cualquiera de las personas del núcleo familiar, potencializado por la presencia de un arma de fuego, de dotación, que estaba cargada.⁶⁸⁷

En conclusión, la situación de violencia sexual, física y psicológica que sufrió la

⁶⁸⁷ Resolución N° 1051-2013 (Sala Penal CNJ), Juicio N° 1315-2012 (Parricidio), Voto de minoría,

procesada desde los 13 años de edad por parte de su esposo, quien era un agente del orden que en virtud de su formación sabía cómo emplear su fuerza; la dependencia que la procesada llegó a tener hacia su agresor, hasta el punto de aceptar la violencia sistémica a que fue sometida, provocándose deterioro de su personalidad; que el Estado no le haya garantizado sus derechos como víctima de violencia intrafamiliar a través de ninguna medida; y, que el acto materia del procesamiento se haya cometido en un momento de shock psicótico, son elementos que, en opinión del voto salvado, configuran una situación de inculpabilidad, por lo que la sentencia impugnada debía ser casada de oficio y, corrigiendo el error de derecho en que había incurrido, se debió ratificar el estado de inocencia de la procesada y ordenarse su libertad.

4.1.3. El femicidio o los asesinatos de mujeres basados en su género:

El femicidio es el resultado de un *continuum* de violencias que se ejercen contra las mujeres, en el ámbito público o el privado, como una manifestación del poder y control que ejercen los hombres sobre la libertad, la intimidad, el cuerpo, el pensamiento y la vida de las mujeres, *avalado* culturalmente, *consentido* explícitamente hace un tiempo por el derecho y actualmente *menospreciado* y *justificado* en las decisiones judiciales.⁶⁸⁸

Se plantea que Diana Russell empleó por primera vez el término femicidio en el Primer Tribunal Internacional sobre Crímenes contra Mujeres celebrado en Bruselas en 1976 y que, ya en la década de los noventa, junto a Jill Radford, definió el femicidio

Ibídem.

⁶⁸⁸ Isabel Agatón Santander, *Justicia de género: un asunto necesario*, Bogotá, Editorial Temis S. A.,

como “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres por hombres”.⁶⁸⁹ Sin embargo, no existe acuerdo respecto de cuál de los términos –femicidio o feminicidio– define de mejor manera el asesinato de mujeres en un contexto de género, es decir, en un entorno social y cultural que ubica a las mujeres en posiciones, roles o funciones subordinadas, lo que favorece y las predispone a múltiples formas de violencia.⁶⁹⁰ Se sostiene que el femicidio sólo hace referencia al acto de dar muerte una mujer sin una connotación de género, es decir, que su significado es similar al de homicidio, mientras que la expresión feminicidio permite incluir la motivación basada en el género:

En castellano femicidio es una voz homóloga a homicidio y sólo significa homicidio de mujeres. Por eso, para diferenciarlo, preferí la voz feminicidio y denominar así al conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres y que, estos fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad

El feminicidio es el genocidio contra mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres.

En el feminicidio concurren en tiempo y espacio, daños contra niñas y mujeres realizados por conocidos y desconocidos, por violentos, -en ocasiones violadores-, y asesinos individuales y grupales, ocasionales o profesionales, que conducen a la muerte cruel de algunas de las víctimas. No todos los crímenes son concertados o realizados por asesinos seriales: los hay seriales e individuales, algunos son cometidos por conocidos:

2013, p. 115.

⁶⁸⁹ Ver: Diana Russell, *Femicidio-femicidio: un paradigma para el análisis de la violencia de género*, <http://www.femicidio.net>, en: Isabel Agatón Santander, Ob. cit., p. 117; y, Jorge Eduardo Buompadre, Ob. cit., p. 122.

⁶⁹⁰ Jorge Eduardo Buompadre, Ob. cit., pp. 122-123.

parejas, ex parejas parientes, novios, esposos, acompañantes, familiares, visitas, colegas y compañeros de trabajo; también son perpetrados por desconocidos y anónimos, y por grupos mafiosos de delincuentes ligados a modos de vida violentos y criminales. Sin embargo, todos tienen en común que las mujeres son usables, prescindibles, maltratables y desechables. Y, desde luego, todos coinciden en su infinita crueldad y son, de hecho, crímenes de odio contra las mujeres.⁶⁹¹

Por otro lado, se propone hacer referencia expresa a la impunidad como elemento característico del feminicidio. Se manifiesta que el incumplimiento de la obligación del Estado respecto de la prevención, sanción y erradicación de las agresiones que se comenten contra mujeres es lo que favorece la ocurrencia de estos crímenes. Esta perspectiva pone el acento en la responsabilidad del Estado, a más de que permite extender el uso del término a una serie de agresiones que no necesariamente provocan la muerte de las víctimas, Al respecto, Marcela Lagarde sostiene que:

Para que se de el feminicidio concurren, de manera criminal, el silencio, la omisión, la negligencia y la colusión parcial o total de autoridades encargadas de prevenir y erradicar estos crímenes. Su ceguera de género o sus prejuicios sexistas y misóginos sobre las mujeres.

Hay condiciones para el feminicidio cuando el Estado (o algunas de sus instituciones) no da las suficientes garantías a las niñas y las mujeres y no crea condiciones de seguridad que garanticen sus vidas en la comunidad, en la casa, ni en los espacios de trabajo de tránsito o de esparcimiento. Más aún, cuando las autoridades no realizan con eficiencia sus funciones. Cuando el estado es parte estructural del problema por su signo patriarcal y por su preservación de dicho orden, el feminicidio es un crimen de Estado.

⁶⁹¹ Marcela Lagarde y de los Ríos, “Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, en: Margaret Bullen y Carmen Diez Mintegui, coords., *Retos*

El feminicidio se fragua en la desigualdad estructural entre mujeres y hombres, así como en la dominación de los hombres sobre las mujeres, que tienen en la violencia de género, un mecanismo de reproducción de la opresión de las mujeres. De esas condiciones estructurales surgen otras condiciones culturales como son el ambiente ideológico y social de machismo y misoginia, y de normalización de la violencia contra las mujeres. Se suman también, ausencias legales y de políticas democráticas con contenido de género del gobierno y de los órganos de justicia del Estado, lo que produce impunidad y genera más injusticia, así como condiciones de convivencia insegura, pone en riesgo su vida y favorece el conjunto de actos violentos contra las niñas y las mujeres.⁶⁹²

Desde otra perspectiva más bien se destacan las similitudes de los dos términos y se plantea que es su uso político el que posee distintos énfasis. Desde este punto de vista, en el ámbito penal el “femicidio” implica la muerte de una mujer en un contexto de género. No es un homicidio –porque haya resultado la muerte de una persona–, sino el homicidio de una mujer por su pertenencia a un género determinado; por tanto, no puede ser tratado como una figura neutral, en el marco de los tradicionales delitos contra la vida o contra la integridad corporal. El femicidio es una forma de violencia extrema contra la mujer; se caracteriza por la presencia de una víctima mujer vulnerable, que es el elemento determinante del mayor contenido de injusto del hecho típico. Se trata, siempre y en todos los casos, de una cuestión de género. Pero el femicidio no es sólo un problema jurídico, sino un problema que está asociado a causas políticas, sociales, económicas, culturales, motivo por el cual debe figurar de manera central en la agenda del Estado.⁶⁹³

La Corte Nacional de Justicia ha tenido la oportunidad de abordar la problemática

Teóricos y Nuevas Prácticas, Donostia, Ankulegi Antropologia Elkarte, 2008, p. 216.

⁶⁹² Marcela Lagarde y de los Ríos, Ob. cit., pp. 216-217.

del femicidio –aun antes de su regulación autónoma como delito en el nuevo Código Orgánico Integral Penal– al resolver dos recursos de casación referidos a asesinatos de mujeres por sus parejas.⁶⁹⁴ Teniendo en cuenta los antecedentes de violencia de género cometidos en contra de las víctimas, la Corte expresó que las muertes de dichas mujeres no podían ser reducidas a un homicidio, pues se estaría deslindando del hecho ilícito los elementos constitutivos de lo que es un típico caso de femicidio. Asimismo, la Corte puso de manifiesto que Estado no puede dejar en la impunidad estos crímenes.

En el primero de los casos analizados, la Corte desestimó las alegaciones del recurrente, quien sostenía que no habían concurrido las circunstancias agravantes constitutivas del tipo penal de asesinato, sino que más bien existían una circunstancia de excusa –un fuerte ataque a la “honra” por parte de su pareja, al haberle manifestado que le había engañado con otro hombre–. En cuanto a la primera de las alegaciones del recurrente, en el sentido de que no habían existido las circunstancias agravantes constitutivas del tipo penal de asesinato, la Corte señaló que la primera circunstancia constitutiva del tipo penal, que se había considerado para el encuadramiento de la conducta del procesado al delito de asesinato, era la alevosía, esto es, el ocultamiento que realiza el sujeto activo de la infracción de sus intenciones delictivas o de la ejecución misma del acto, para asegurar que éste se consume:

[...] no existe alevosía tan solo en el hecho de que el infractor se oculte moral o físicamente, sino que esta circunstancia también existirá en todo caso en el que se busque “(...) el aseguramiento de la ejecución del hecho, mediante la ausencia de riesgo ante una posible defensa del ofendido (...)”, lo cual ha ocurrido en el caso concreto, en el que el

⁶⁹³ Jorge Eduardo Buompadre, Ob. cit., p. 125-131.

⁶⁹⁴ Juicio N° 482-2011-VR (Asesinato), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012 y Juicio N° 396-

agresor alejó a la ahora occisa [...], de cualquier tipo de ayuda que ésta pudiera pedir de otras personas, al esperar que los dos, víctima e infractor, se encontraran solos en su vivienda, inclusive mandando a dormir a la hija que tenían en común, para que no existiera peligro alguno en la ejecución del acto delictivo, evidenciando claramente que la violencia ejercida sobre su víctima, es una manifestación del poder que ejercía sobre ella, adaptando así su conducta, a la causal primera del artículo 450 del Código Penal.⁶⁹⁵

En cuanto a la segunda causal que configura el delito de asesinato –el ensañamiento–, la Corte expuso que implica la satisfacción de “causar el mayor daño posible a quien ya no está en condiciones de defenderse”, lo cual, aplicado a la figura del asesinato, se vincula con el acto del infractor quien, sin necesidad de seguir agrediendo a la víctima para conseguir su objetivo, lo hace por el simple hecho de gozar con el dolor causado. La Corte encontró que esta circunstancia, en efecto, se había presentado de manera evidente en el caso analizado, en virtud de que todas las heridas ante mortem sufridas por la víctima eran innecesarias para obtener el objetivo del procesado:

[...] existiendo además de la principal causa de muerte (asfixia por ahorcamiento), otra más, como es el trauma abdominal que sufrió la víctima, y añadiéndole a esto las diferentes lesiones encontradas por el perito médico legista, en casi todo el cuerpo de la víctima; es innegable por tanto, la existencia de un exceso de violencia del procesado en contra de su pareja y sujeto pasivo del delito, que supera la fuerza con la que hubiera logrado su objetivo, constituyéndose el ensañamiento, en un adjetivo calificativo evidente del actuar del procesado, que torna aplicable la circunstancia constitutiva del tipo de asesinato, contenida en el artículo 450.4 *ibídem*.⁶⁹⁶

2011 (Asesinato), Corte Nacional de Justicia, *ibídem*.

⁶⁹⁵ Juicio N° 396-2011 (Asesinato), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, p. 181.

⁶⁹⁶ Juicio N° 396-2011, *ibídem*.

Igualmente, la Corte razonó que la circunstancia de haber imposibilitado a la víctima para defenderse, también había existido, pues su presencia en el acto ya no requiere del engaño al sujeto pasivo de la infracción, sino de la utilización de medios ciertos para privarle de la posibilidad de defenderse ante el ataque de su agresor, por el accionar propio de éste. De acuerdo con el razonamiento de la Corte, esta causal exige una actividad previa del infractor, con el fin de dar muerte sin riesgo alguno a la víctima, poniéndola en una situación tal que su defensa se reduzca considerablemente:

[...] de la sentencia del órgano jurisdiccional de instancia, se desprende que la víctima del delito ha presentado una equimosis en su abdomen, a causa de un golpe del agente vulnerante, que ha sido lo suficientemente fuerte para causarle una hemorragia estomacal, e inclusive la muerte, a lo que debemos añadir, que “Todas las equimosis son pre mortem y aparecen en los primeros momentos al impacto (...)”, cuestión por la cual la víctima debió estar viva en el instante en que fue golpeada, revelando por lo mismo la precedencia del trauma abdominal al ahorcamiento; por otro lado, es de conocimiento general que detrás del estómago se encuentra ubicado el plexo solar, una densa red nerviosa que está conectada al sistema nervioso simpático, del cual depende el funcionamiento de los órganos que se encuentran en la región abdominal del cuerpo; el golpe provocado en esta área, propinado con la suficiente fuerza (como en el caso concreto en el que ha llegado a causar hasta la muerte), ocasiona, por lo menos, que la persona caiga desplomada y le falte el aire, cuestión que inhabilita cualquier posible defensa de una persona ante ataques posteriores de su agresor, mucho más tratándose de una mujer que anteriormente ya había sentido violencia ejercida por su pareja, razón suficiente para considerar que ha existido en el caso sub judice la circunstancia agravante constitutiva de asesinato, contenida en el artículo 450.5, del Código Penal.⁶⁹⁷

En cuanto a la segunda de las alegaciones del procesado, quien sostuvo que existía

⁶⁹⁷ Juicio N° 396-2011, Ob. cit., pp. 181-182.

una circunstancia de excusa –un fuerte ataque a la “honra” por parte de su conviviente, ya que ésta le había confesado un acto de infidelidad–, la Corte manifestó que la excusa se presenta cuando un acto, reuniendo las características de ser culpable, punible, típico y antijurídico, resulta atenuado en su sanción, por la existencia de una circunstancia que elimina en parte la anti-juridicidad del mismo, lo que no hace que el acto deje de ser reprochable. Por el contrario, dijo la Corte, en el caso motivo de análisis lo que existe es un femicidio, en el que se evidencia un abuso de poder del sujeto activo del delito sobre la víctima. Hacerlo, concluye la Corte, sería promover la impunidad de este tipo de crímenes:

Por último, no resulta aceptable, que en un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que los derechos de las mujeres están garantizados por la Constitución de la República y los convenios internacionales de derechos humanos, normas que se vulneran al ejercer violencia en contra de una mujer, se intente hacer pasar la supuesta infidelidad como una ofensa a la honra de un hombre, cuando de lo que se trata es de un evidente femicidio, que la doctrina lo conceptualiza como la muerte de una mujer ocasionada por un hombre, por cuestiones de género, pero que en nuestra legislación, todavía no se tipifica, pero que ya consta descrito tanto en convenios, como en resoluciones de órganos administradores de justicia, a nivel internacional, de los cuales la República del Ecuador forma parte; este acto brutal de abuso de poder del sujeto activo del delito sobre su víctima, no puede ser pasado por alto por el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, mucho más cuando se evidencia, que el procesado ya había ejercido actos de violencia contra su conviviente en ocasiones pasadas, de aquellos descritos en el artículo 1 de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer (Convención de Belém do Para); y, siendo que las mujeres tienen el derecho a que se respete su “...integridad física, psíquica y moral”, según lo dispuesto por el artículo 4.b, de dicho convenio internacional, en correlación con el deber que tiene el Estado ecuatoriano de “...prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”; acorde a lo dispuesto

por el artículo 7.b, *ibídem*; por tanto, el considerar una circunstancia de excusa, para este tipo de actos sería ayudar, en parte, a la impunidad de este tipo de hechos criminales, violando la anteriormente expresada obligación del Estado, y proveyendo una salida legal para todos los hombres que todavía ejercen actos físicos agraviantes contra las mujeres, al escudarse en divergencias de familia, en las que han existido agresiones, para justificar el maltrato constante que soportan sus esposas o convivientes *inter alia*, y que, no en pocos casos, puede terminar en lo ocurrido en la especie.

Por las razones expuestas, la Corte afirmó que el juzgamiento de estos actos exige la utilización de una perspectiva de género, a partir de la cual se pueda analizar cuál es la posición concreta de hombres y mujeres en la sociedad para poder determinar si la causa del homicidio o asesinato se produjo por una cadena sucesiva-temporal de hechos de violencia doméstica, mediante el abuso de poder socialmente asignado a los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones íntimas, producto de relaciones de desigualdad entre los géneros, donde el homicidio o el asesinato se constituye en el eslabón final de dicha cadena de violencia. En este escenario de violencia de género, no se puede –en opinión de la Corte– reducir la muerte de una mujer a un homicidio, pues se estaría deslindando del hecho ilícito los elementos constitutivos de lo que es un típico caso de femicidio:

[...] se logra desprender claramente, de los hechos que han sido probados por el juzgador de instancia, mediante su propia valoración de la prueba, y a los que se remite este Tribunal de Casación para juzgar, que el asesinato de [la víctima], se dio por una clara visión que el procesado tenía de la nombrada, como si fuera un objeto de su propiedad, razón por la cual ha preferido terminar con la vida de su víctima, a verla en manos de otro hombre, circunstancia que le hubiese hecho perder el dominio que sobre ella ejercía. Lo que el recurrente intenta excluir con una circunstancia de excusa, como ya se ha dicho, es parte de la antijuridicidad, esto es, del juicio negativo de valor que recae sobre una conducta

humana, lo que implica la aceptación de que la conducta que en un principio se considera prohibida, fue realizada con un justificativo, y en el caso concreto, no existe justificativo que el tribunal de instancia o este órgano jurisdiccional le pueda dar a la conducta del procesado, más aún cuando, como ya se ha mencionado, el Estado tiene la obligación de sancionar la violencia en contra de las mujeres, para establecer la protección jurídica de sus derechos, la cual, como establece el artículo 2.c de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, se da entre otros, por parte de los tribunales nacionales competentes, órganos que no pueden ser los primeros en promover este tipo de discriminación, que “(...) se evidencia en las prácticas jurídicas a través de la falta de seriedad con que los operadores de la justicia penal emprenden las investigaciones sobre hechos de violencia de género; de los prejuicios y estereotipos a la luz de los cuales valoran las pruebas recolectadas (...)”.⁶⁹⁸

El segundo de los casos estudiados por la Corte Nacional de Justicia cita expresamente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, y aplica al caso concreto los conceptos que sobre “discriminación contra la mujer” y “violencia contra la mujer” contienen la CEDAW y la Convención Belém do Pará, respectivamente, para concluir que los hechos sistemáticos de violencia intrafamiliar que sufrió la víctima la colocaron en un estado permanente de indefensión:

En el presente caso, y según consta de la sentencia impugnada: “De los testimonios presentados en la audiencia, se presentan serios indicios de responsabilidad directa del hoy sentenciado..., quien se concluye habría sido conviviente de la hoy occisa con quien habría tenido permanentes y violentas disputas y contra la cual habría conferido varias amenazas de muerte”, nos encontramos entonces ante hechos sistemáticos de violencia intrafamiliar que colocaron a la víctima en un estado permanente de indefensión

⁶⁹⁸ Juicio N° 396-2011, Ob. cit., p. 184.

[...] La permanente violencia psicológica que sufrió la víctima contribuyó a que el agresor actuara sobre seguro de la no reacción de la víctima. “Aunado a lo anterior debemos mencionar que la violencia psicológica actúa desde la necesidad y la demostración del poder por parte del agresor. Se busca la dominación y sumisión mediante presiones emocionales y agresivas. Este tipo de violencia ‘invisible’ puede causar en la víctima trastornos psicológicos... En todos los casos se trata de una conducta que causa perjuicio a la víctima, siendo el tipo de agresión más frecuente en los contextos de malos tratos en el ámbito doméstico, como en el caso bajo análisis, aunque pueda estar oculta o disimulada bajo patrones y modelos culturales y sociales que la invisibilizan.”⁶⁹⁹

Finalmente, la Corte encuentra que el Estado ecuatoriano –representado por el Teniente Político de la parroquia rural donde vivía la víctima– incumplió su deber de garantía al no tomar las medidas necesarias para prevenir los hechos de violencia intrafamiliar, al no haber actuado con debida diligencia, y al no haber establecido las condiciones de seguridad en favor de la víctima, a pesar de haber conocido las reiteradas amenazas que pesaban en contra de su vida:

El Teniente Político es autoridad competente subsidiariamente para conocer los casos de violencia intrafamiliar, conforme lo prescribe el artículo 8 de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia [...] En el caso existe la agravante de la pena prevista en el artículo 30.6 del Código Penal ecuatoriano que se refiere a “ejecutar la infracción por motivos de discriminación, referente al lugar de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole”. Como señalamos anteriormente al existir en este caso violencia intrafamiliar, que es una especie de violencia de género, podemos señalar que hubo discriminación por ser mujer (sexo) de acuerdo a la legislación internacional ya citada. La agravante general “discriminación por sexo”, no es la misma que

⁶⁹⁹ Juicio N° 482-2011-VR (Asesinato), Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012 – diciembre de 2012*, Quito, 2012, p. 230.

la agravante constitutiva del delito prevista en el artículo 450.10 que se refiere al cometimiento del homicidio por odio o desprecio en razón de la orientación sexual o identidad sexual, puesto que esta se ocupa de aquellos asesinatos que se cometen hacia las personas de diversa condición sexo genérica, o lo que comúnmente se denomina como preferencia sexual. Es evidente que en el caso que nos ocupa nada tuvo que ver la orientación o identidad sexual de la víctima pero sí su condición de ser mujer.⁷⁰⁰

La Criminología y la Victimología han puesto de manifiesto la extrema vulnerabilidad en la que se encuentran determinadas víctimas.⁷⁰¹ Se denomina víctima vulnerable a aquella que no percibe el peligro de la agresión y, por tanto, no tiene posibilidades de reaccionar y defenderse. La víctima vulnerable se encuentra imposibilitada de solicitar auxilio debido a su condición física, psíquica y social. En los delitos que ocurren dentro del grupo familiar el concepto de vulnerabilidad indica una mayor indefensión, porque la agresión proviene paradójicamente de una persona de la misma estructura familiar –esposo, conviviente, pareja– a quien, por aspectos socioculturales, se le ha asignado la responsabilidad del cuidado y protección de la familia. En estos delitos, la víctima se encuentra o es colocada en una posición que le resulta imposible percibir el peligro y defenderse de la agresión. El agresor sabe que no corre riesgo personal, pues conoce anticipadamente a su accionar algunas de las características relacionadas con la víctima: su personalidad, su debilidad física o psíquica, su actitud de confianza, su pasividad, entre otras. Por tanto, se hace necesario destacar el componente político del término femicidio frente al concepto de homicidio.⁷⁰² El femicidio no es un concepto neutral; indica un problema que supera el

⁷⁰⁰ Juicio N° 482-2011-VR, Ob. cit., p. 232.

⁷⁰¹ Hilda Marchiori, “Los procesos de victimización en el homicidio dentro del grupo familiar”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 2. Estudios sobre Victimización*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2006, pp. 191-198.

⁷⁰² Lorena Contreras Taibo y Alejandra Ramírez Lema, Ob. cit., pp. 91-101.

ámbito familiar y compromete a la sociedad entera en su problematización. Permite, asimismo, la generación de respuestas que contribuyen a visibilizar, prevenir y sancionar la ocurrencia de muertes de mujeres basadas en el género.

Es importante papel jugado por la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia en el análisis de la violencia intrafamiliar contrasta con la ausencia de una política pública de carácter integral para la prevención, atención e erradicación de la violencia que se comete diariamente en contra las mujeres. En opinión de la Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW⁷⁰³, la política pública desarrollada por el Gobierno Nacional para enfrentar la problemática de la violencia contra las mujeres ha sido insuficiente, sin que haya permitido alcanzar el objetivo de garantizar a las mujeres su derecho a una vida sin violencia. Se señalan como deudas de la política pública gubernamental las siguientes:

1. La larga transición institucional (2008-2014) no ha permitido desarrollar una rectoría de políticas clara y definida sobre el tema.
2. No se cuenta con voluntad política y decisión suficientes, resultado de lo cual las acciones emprendidas han sido débiles, descoordinadas, dispersas y escasas.
3. La institucionalidad que hubiera permitido desarrollar una política coherente para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres fue debilitándose paulatinamente, al punto de que su repercusión social para el logro de este objetivo fue mínima.
4. La reciente aprobación de la Ley de Consejos Nacionales de la Igualdad, el

⁷⁰³ Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, Informe Sombra al Comité de la CEDAW. Ecuador 2014, Quito, 2014, pp. 8-11.

debilitamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia, la constante migración de competencias en el ámbito de la violencia de un ministerio a otro, y la inestabilidad en cuanto a la implementación de las políticas del Plan Nacional de Erradicación de la Violencia de Género hacia niñas, niños, adolescentes y mujeres, han incidido negativamente en la restitución de los derechos de las víctimas de violencia.

Se afirma que el nuevo Código Orgánico Integral Penal ha fracasado a la hora de proteger a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar; al contrario, las ha sometido a diferentes procesos de re-victimización. En efecto, a más de los daños sufridos por la violencia directa, la víctima soporta un daño adicional como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia. La victimización secundaria se produce debido a los riesgos que genera la participación de la víctima en el proceso penal, las presiones que le toca enfrentar, las insuficientes oportunidades de obtener una adecuada protección, el tener que relatar varias veces los hechos de violencia, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, la duración del proceso, entre otras situaciones que producen efectos tan dañinos para la víctima como los que se derivan del delito. De acuerdo con la Coalición Nacional de Mujeres:⁷⁰⁴

1. En algunas provincias existen órganos de justicia especializada⁷⁰⁵ únicamente en las cabeceras cantonales, por lo que las mujeres quedan en estado de indefensión.

⁷⁰⁴ Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, op. cit., p. 12.

⁷⁰⁵ Es importante agregar que no existe una verdadera especialidad, ya que únicamente las contravenciones de violencia contra la mujer son conocidas por Jueces y Juezas de Violencia contra la Mujer, mientras que los delitos de violencia contra la mujer son juzgados por Jueces y Juezas de

2. La capacitación del personal de la administración de justicia en derechos humanos, género y violencia es insuficiente. No existen peritos calificados, sobre todo, en cantones pequeños. A ello se suma la escasa sensibilidad del personal de salud, y la inexistencia de una ruta de atención clara para operar el nuevo modelo de gestión.
3. En la práctica, el Código Orgánico Integral Penal hace los procesos más engorrosos, lo cual produce que las víctimas se retracten o ya no quieran denunciar.
4. A diferencia de lo que sucedía con la aplicación de la Ley 103, con el nuevo Código Orgánico Integral Penal los/as juzgadores/as no conceden medidas de protección de forma inmediata, sino que prefieren esperar a la audiencia, o exigir la presentación de pruebas.
5. La regla⁷⁰⁶ según la cual los certificados de honorabilidad o laborales presentados por el agresor deben ser valorados por el/la juzgador/a sólo refuerza la posición de poder del agresor frente a la víctima. Dar valor a este tipo de documentos es desconocer que la violencia contra las mujeres tiene dinámicas particulares y que no necesariamente las conductas públicas del agresor pueden ser indicativas de su comportamiento al interior del hogar o en una relación de pareja.
6. En ciertos cantones apartados los operadores de justicia incentivan la mediación, a pesar de existir expresas disposiciones legales que lo prohíben,

Garantías Penales.

⁷⁰⁶ El Art. 643 del Código Orgánico Integral Penal contiene una serie de reglas que jueces y juezas deben tener en cuenta en el procedimiento para juzgar la contravención penal de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, entre ellas: 14. Los certificados de honorabilidad o laborales presentados por la o el presunto infractor, deberán ser valorados por la o el juzgador.

mientras que las unidades de flagrancia dan un tratamiento de escándalo público a los hechos de violencia psicológica denunciados.

Como se puede evidenciar, el Derecho Penal por sí solo es incapaz de dar respuesta a las demandas de las mujeres ecuatorianas por el derecho a una vida libre de violencia, si no se cuenta con una política pública coherente orientada a la prevención de los hechos de violencia que se comenten en contra de las mujeres en el ámbito doméstico-familiar, implementada de forma coordinada a través de una institucionalidad especializada. Es prioritario poner en marcha mecanismos efectivos a través de los cuales las mujeres puedan obtener amparo efectivo frente a las agresiones, así como para restituir los derechos vulnerados y/o amenazados a causa de la violencia.

Por otra parte, las organizaciones de mujeres del país “fueron las primeras en alertar sobre la recurrencia de muertes de mujeres por solo el hecho de serlo: muertes en manos de sus parejas, ex parejas, familiares o conocidos eventuales (como el caso de las trabajadoras sexuales) que se ensañan con los cuerpos de las mujeres dejándolas violadas, apuñaladas, mutiladas, ahorcadas, torturadas.”⁷⁰⁷ Ciertamente, las acciones de sensibilización, debate, construcción de propuestas y negociación política, impulsadas por el movimiento de mujeres con la finalidad de que se incorpore el femicidio como delito autónomo en la ley penal, permitieron evidenciar la gravedad de esta problemática y la importancia de la intervención estatal para prevenirla y sancionarla.⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, Ob. cit., p. 15.

⁷⁰⁸ El artículo 141 del proyecto de Código Orgánico Integral Penal aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional tipifica el femicidio de la siguiente manera: “La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años” (la misma pena prevista para el asesinato). Las circunstancias agravantes del femicidio

La movilización de las mujeres logró visibilizar en los ámbitos social, político, legal y académico la necesidad de que el femicidio sea considerado una forma específica de asesinato que se origina en las relaciones de poder y dominación que se ejercen sobre las mujeres, en el plano afectivo, familiar o jerárquico, y que representa el resultado final de una serie de comportamientos violentos que buscan imponer a las mujeres una serie de conductas que socialmente les han sido asignadas. Se trata de una situación de violencia machista que culmina con la muerte de la mujer y que, por lo tanto, merece la atención del Estado.

Lamentablemente, el juzgamiento de este tipo de conductas no está exento de problemas: las dificultades técnicas que la caracterización del tipo penal puede suministrar, las estrategias de defensa que se ponen en práctica en perjuicio de las víctimas, los esquemas sexistas que se expresan en el momento de la aplicación e interpretación de las normas penales, la debilidad o inexistencia de mecanismos de reparación para los familiares de las víctimas, así como el rol que desempeñan los medios de comunicación social, entre otros aspectos a considerar.⁷⁰⁹

Por ello, tampoco los asesinatos de mujeres motivados por el sexo de las víctimas pueden ser enfrentados exclusivamente a través del Derecho Penal. Es necesario poner en marcha una verdadera política pública orientada a modificar los

son descritas en el artículo 142: 1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; 2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad; 3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima; y, 4. Si el cuerpo de la víctima es expuesto o arrojado en un lugar público.

⁷⁰⁹ El Informe Sombra al Comité de la CEDAW cita el testimonio de los familiares de Vanessa Landínez Ortega, joven víctima de femicidio en la provincia de Tungurahua, lo cual ilustra esta situación: “*No hay una norma o una ley que sancionen a los medios sensacionalistas que expropian el cuerpo de las mujeres. Existe una primera muerte, la muerte física (delito), segunda, la de los medios de comunicación; y tercera muerte cuando hay impunidad, culpabilizando a las mujeres*”. Coalición

patrones culturales que mantienen intocadas relaciones de poder asimétricas que subordinan, excluyen y discriminan a las mujeres en los planos económico, social, político y cultural. Al mismo tiempo, se requiere diseñar una respuesta institucional que permita atender, en forma apropiada, los requerimientos de las mujeres sobrevivientes de la violencia y, en caso de fallecimiento, de las víctimas indirectas de la misma.⁷¹⁰

4.2. El contexto social, político e institucional que sirve de escenario para la aplicación de la nueva Constitución

Los indudables avances que experimentó la interpretación judicial de los derechos de las mujeres -de manera especial respecto del derecho a una vida libre de violencia- a partir de la aprobación de la Constitución del año 2008 deben ser analizados en el contexto más amplio de la construcción de una sociedad y un sistema político democráticos. En esta línea, a continuación se presentan las contradicciones producidas en el proceso de aplicación de la Constitución de Montecristi, generadas precisamente por el Gobierno que impulsó su adopción. A pesar de la orientación abiertamente democrática del texto constitucional, un atento análisis del escenario que sirve de base para la actuación de diversos actores sociales, políticos e institucionales muestra los retrocesos que han experimentado los derechos de las mujeres. Los procesos de elaboración e implementación de la política pública, así como la discusión y

Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, Ob. cit., p. 16.

⁷¹⁰ Lorena Contreras Taibo y Alejandra Ramírez Lema (“Niños, niñas y adolescentes víctimas del femicidio de sus madres”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 9. Violencia en Niños y Adolescentes*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2010, pp. 91-101) resaltan los efectos que el femicidio impone en la vida de las denominadas “víctimas indirectas”. Ciertamente, los más afectados una vez ocurrida la muerte de una mujer son todos aquellos que mantenían una relación familiar o de dependencia con la víctima, particularmente, los niños, niñas y adolescentes hijos de la mujer asesinada; sin embargo, la respuesta estatal tiende a invisibilizar las implicaciones prácticas en sus relaciones personales, familiares y sociales (lugar de residencia, figura responsable a cargo, redes de apoyo). En efecto, no existe una respuesta formal frente a este tipo de necesidades, por ejemplo, subsidios para sustento y educación, y otros programas específicos para asistencia integral de estos niños/as.

aprobación de reformas legales, encaminados a “viabilizar” los mandatos constitucionales, muestran más bien una clara orientación contraria a las demandas e intereses de las mujeres y de sus organizaciones sociales.

4.2.1. El rol de la política pública: El caso de la política gubernamental respecto del trabajo de cuidado a cargo de las mujeres

De acuerdo con la Constitución del Ecuador de 2008 el Estado está obligado a garantizar a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, la formación y promoción laboral y profesional, la remuneración equitativa, y la iniciativa de trabajo autónomo. El nuevo texto constitucional establece la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Del mismo modo, prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo. La Carta Política consagra el deber del Estado de garantizar el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva; el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos; derechos de maternidad y lactancia; y, el derecho a licencia por paternidad. Finalmente, se establece la prohibición de despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.

No obstante, a partir de los resultados obtenidos por diversos estudios respecto del modelo económico que se puso en vigencia, se puede afirmar que, si bien en teoría la Revolución Ciudadana hizo suya la agenda propuesta por las organizaciones feministas, en cuanto a garantizar a las mujeres igualdad en el acceso al empleo,

prohibir toda forma de discriminación que afecte a las mujeres en el trabajo⁷¹¹, garantizar el respeto a sus derechos reproductivos y la estabilidad en el empleo sin limitaciones asociadas a su condición de gestación y maternidad⁷¹², promover un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, impulsar la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares⁷¹³, promover el acceso equitativo a los factores de producción, desarrollando políticas específicas para erradicar la desigualdad y discriminación hacia las mujeres productoras, en el acceso a los factores de producción⁷¹⁴, no obstante, en la práctica, las esferas de trabajo no reconocido se multiplicaron y la carga global del trabajo de las mujeres se incrementó. Se aprecia una reproducción de la división sexual del trabajo a escala ampliada, con ciertas políticas paliativas y cambios económicos que refuerzan la situación de desigualdad de las mujeres. Este aspecto que ha sido denunciado como el nudo central del patriarcado prácticamente ha sido intocado por la Revolución Ciudadana.⁷¹⁵

En efecto, los derechos reconocidos por el texto constitucional en favor de todas las mujeres trabajadoras, les fueron arrebatados a un sector de mujeres por la política pública de desarrollo infantil implementada por el Gobierno Nacional⁷¹⁶, a través del Ministerio de Inclusión Económica y Social. En efecto, las mujeres que realizaban

⁷¹¹ Artículo 331.

⁷¹² Artículo 332.

⁷¹³ Artículo 333.

⁷¹⁴ Artículo 334.

⁷¹⁵ Para un análisis de los efectos del modelo económico impulsado por la Revolución Ciudadana en el trabajo de las mujeres, ver: Alejandra Santillana, “A cinco años de la Revolución ciudadana: la gran deuda histórica es con las mujeres”, en *Tendencia. Revista de análisis político*, Quito, FES-ILDIS, 2012, p. 44; y, Margarita Aguinaga, Ob. cit., pp. 50-51.

⁷¹⁶ En otros ámbitos también se advierte que “siendo prematuro en perspectiva histórica cualquier análisis definitivo sobre su realización y eficacia, existen ya algunas prácticas y propuestas inconsistentes con el programa constitucional por parte del gobierno que la impulsó y promulgó”. Ver: Ramiro Ávila Santamaría, Ob. cit., p. 19.

trabajos de cuidado de niños y niñas menores de 5 años en los denominados “Centros Infantiles del Buen Vivir” y “Creciendo con Nuestros Hijos” fueron excluidas arbitrariamente de la tutela de las disposiciones constitucionales. Veamos cómo se produjo esta discriminación de facto:

El Ministerio de Inclusión Económica y Social⁷¹⁷ expidió las normas para la prestación de servicios y ejecución de proyectos para protección integral a niños, niñas y adolescentes y sus familias, de manera especial, a aquéllos que vivían en situación de exclusión, discriminación, pobreza o vulnerabilidad de sus derechos. La política pública de desarrollo infantil fue considerada como parte de una de las estrategias para el período 2009-2013 previstas en el Plan Nacional para el Buen Vivir, en el marco del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que establecía como prioridad, la ampliación de los mecanismos de protección social orientados hacia la niñez. El objetivo general de la política de desarrollo infantil fue contribuir al mejoramiento de los niveles de desarrollo integral de los niños y niñas menores de cinco años de edad, cuyas familias estaban ubicadas en condiciones de pobreza y extrema pobreza. Para ello, se establecían dos modalidades de atención aprobadas por el Instituto de la Niñez y la Familia: Centros Infantiles del Buen Vivir (CIBV) y Creciendo con Nuestros Hijos (CNH).

La modalidad Centro Infantil del Buen Vivir (CIBV) atendía a niños y niñas, cuyos padres trabajaban fuera de casa. Los centros eran operados por “coordinadoras del CIBV”, “promotoras de cuidado” y “promotoras de alimentación”, quienes debían, entre otras funciones, administrar la unidad de atención, atender a los niños y niñas, y

⁷¹⁷ Mediante Acuerdo Ministerial N° 1389 de 2 de febrero de 2009, publicado en el Registro Oficial No. 550 de 17 de marzo de 2009.

preparar los alimentos, respectivamente. La modalidad Creciendo con Nuestros Hijos (CNH) atendía a niños y niñas que podían permanecer en su hogar. En este caso, una “promotora de desarrollo infantil integral” debía planificar y ejecutar el currículo operativo de educación inicial de la modalidad, realizar y coordinar las actividades de capacitación a familias, y atender a los niños y niñas en el territorio asignado, entre otras funciones.

Como se puede apreciar, la primera maniobra que condujo a la discriminación laboral de este grupo de mujeres es la manera en que fueron construidas por el discurso oficial. En efecto, las mujeres que tuvieron asignadas funciones específicas, necesarias para la operación de las modalidades de desarrollo infantil, fueron despojadas de la denominación de “trabajadoras” e identificadas, alternativamente, como “promotoras de cuidado” o “promotoras de alimentación” o “promotoras de desarrollo infantil integral”.

Por otra parte, se facultaba al INFA para que suscribiera convenios de cooperación con instituciones públicas u organizaciones de derecho privado con finalidad social o pública, para la ejecución de los proyectos de desarrollo infantil, los mismos que podían ser adjudicados como resultado de un procedimiento de selección. Los convenios de cooperación especificaban los rubros que eran financiados por el INFA y desembolsados a la entidad ejecutora, entre los que constaba la “bonificación” para las promotoras comunitarias. Los convenios recalcan que dicha bonificación no constituía sueldo o remuneración por servicios prestados, como tampoco implicaba relación laboral de ninguna clase. Así que la segunda maniobra con la cual se produjo la discriminación de facto en contra de las mujeres que realizaban trabajos de cuidado en las modalidades de atención del programa de desarrollo infantil, impulsado como

política pública por parte del Gobierno Nacional, consistía en designar el pago que recibían por la labor que realizaba como “bonificación” y no como remuneración.

La tercera y última maniobra a través de la cual se legitimó la exclusión del trabajo de cuidado –históricamente ejecutado por mujeres– de la protección de la que goza el “verdadero trabajo” fue la apelación que hizo el Gobierno Nacional y su ministerio rector de la política pública de desarrollo infantil al contenido de la propia Constitución, identificando la gestión de las mujeres-promotoras como un voluntariado de “acción social”:

La bonificación que la organización entregue a las personas de la comunidad seleccionadas para la atención a niños y niñas, no constituye en modo alguno sueldo o remuneración por servicios prestados, como tampoco implica relación laboral de ninguna clase, toda vez que la gestión por dichas personas de la comunidad constituye un voluntariado de acción social y desarrollo, como una forma de participación social, como lo establece el Art. 97 de la Constitución República del Ecuador.⁷¹⁸

El resultado de esta operación significó privar arbitrariamente a toda una categoría de mujeres –las mujeres cuidadoras que ejecutaban la política pública de desarrollo infantil a cargo del Ministerio de Inclusión Económica y Social– del derecho de las mujeres a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, a una remuneración equitativa, a la estabilidad en el empleo, al ejercicio de los derechos vinculados a la situación de embarazo y maternidad. De este modo, la prohibición de toda forma de discriminación que afecte a las mujeres en el trabajo se convirtió en letra muerta para un

⁷¹⁸ Ministerio de Inclusión Económica y Social – Instituto de la Niñez y la Familia, *Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral*, Quito, 2011, pp. 38-39.

determinado sector de mujeres.

Cabe señalar que las políticas de familia, especialmente aquellas dirigidas a niños y niñas menores de cinco años, tienen una larga historia en el Ecuador. La política de familia es una política implícita en su mayor parte y responde a valores profundamente arraigados en los legisladores, los intérpretes de las leyes, los formuladores y operadores de la política pública y los propios “beneficiarios” de la misma. La concepción que está detrás de este tipo de políticas es la que confina a las familias al mundo de lo privado y de lo invisible; la que asigna a las mujeres al espacio doméstico; la que acepta como “natural” que ellas deban realizar un conjunto variado de acciones como la crianza de los hijos e hijas, la socialización de los niños y niñas, el cuidado de ancianos y personas con discapacidad, la elaboración de alimentos, etc. Habiendo sido invisibles, estas actividades han carecido de la protección estatal.

El análisis histórico de las políticas de familia muestra que el trabajo “voluntario” de las mujeres ha sido utilizado para compensar la disminución de los servicios sociales. Los recortes en los programas sociales gubernamentales han sido “amortiguados” con el trabajo “elástico” o “flexible” de las mujeres. Ciertamente, en épocas de crisis, han sido las mujeres las que han sostenido diversos servicios sociales, como es el caso de los centros de cuidado infantil, los comedores populares, entre otros. Se trata de una fuerza de trabajo no remunerada, impulsada por una ideología de “acción social”.

La invisibilidad del trabajo de cuidado en las políticas públicas refuerza la división tradicional dentro de la familia y las relaciones asimétricas de poder entre los géneros, omite el diseño e implementación de servicios que contribuyan al desempeño de estas tareas, y refuerza la discriminación de las mujeres que realizan tareas de

cuidados en programas estatales de desarrollo infantil, servicios de carácter informal y redes comunitarias. En el caso estudiado, paradójicamente, la discriminación de las mujeres que realizaban trabajos de cuidado fue justificada con base en las disposiciones de la propia Constitución del 2008.

4.2.2. La participación de las mujeres en la construcción de una sociedad democrática

En la Constitución de Montecristi se garantiza el derecho de las personas a desempeñar empleos y funciones públicas con base criterios de equidad y paridad de género⁷¹⁹, se fomenta el funcionamiento democrático de los partidos y movimientos políticos, los mismos que deben garantizar la conformación paritaria de mujeres y hombres en sus directivas⁷²⁰, se promueve la adopción de medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados en los procesos electorales⁷²¹, se remite a la ley el establecimiento de un sistema electoral conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres⁷²² y se atribuye al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social la designación de varias autoridades e integrantes de diversos cuerpos colegiados que dirigen entidades del Estado, garantizando condiciones de equidad y paridad entre mujeres y hombres⁷²³, entre otras disposiciones orientadas a la promoción de la participación democrática de las personas y las organizaciones sociales en condiciones de igualdad.

⁷¹⁹ Artículo 61, numero 7.

⁷²⁰ Artículo 108.

⁷²¹ Artículo 65.

⁷²² Artículo 116.

⁷²³ Artículos 208, 209 y 210.

No obstante, respecto del modelo de democracia que se puso en vigencia a partir de la aprobación de la Constitución, y desde una perspectiva crítica, se dice que asistimos a una re-patriarcalización de la sociedad ecuatoriana, que asigna a las mujeres un rol de mayor representación formal, pero menor participación política directa. Es decir, se observa un crecimiento de la paridad electoral y una mayor participación de mujeres en espacios de representación formal, sin embargo, se aprecia una disminución real en cuanto al control de los espacios de poder por parte de las mujeres y de sus organizaciones.⁷²⁴

En efecto, de acuerdo con el Informe Sombra al Comité de la CEDAW⁷²⁵, existe un aumento significativo de la presencia de mujeres en espacios de toma de decisiones. En cuanto a cargos de elección para cuerpos colegiados, la mayor presencia de mujeres se da en la Asamblea Nacional (38.2% en el año 2014) mientras que, en el ámbito territorial, el 25.7% de las autoridades electas está constituido por mujeres frente al 74.3% de hombres. En los cuerpos colegiados de designación la paridad se aplica en forma parcial, primando la representación de los hombres, excepto en el caso del Gabinete Presidencial integrado por un importante número de mujeres (que ha oscilado entre el 30% y el 40%). No obstante, la importante presencia de mujeres en cargos de representación no necesariamente permitió incorporar temas de la agenda feminista en el proceso de implementación de la política pública y en la reforma legal. La política pública del Ministerio de Inclusión Económica y Social referente al trabajo de cuidado

⁷²⁴ Margarita Aguinaga, “2006-2012: Feminismos, patriarcado y perspectiva de la lucha de las mujeres en el Ecuador”, en *Tendencia. Revista de análisis político*, Quito, FES-ILDIS, 2012, pp. 51-53.

⁷²⁵ Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, *Informe Sombra al Comité de la CEDAW. Ecuador 2014*, Quito, 2014, p. 40.

de niños y niñas en la época de transición fue un buen ejemplo de ello.⁷²⁶ En materia legislativa, la despenalización del aborto -tema central de la agenda feminista- también encontró obstáculos insuperables en la posición del Presidente de la República y el partido político al que representa.⁷²⁷

Desde la perspectiva de las organizaciones autónomas de mujeres, las mayores limitaciones que enfrentan las mujeres en niveles de decisión se relacionan con dos factores: 1) la responsabilidad de actuar conforme a los intereses de las mujeres, colectivo con el que comparten una situación de discriminación y subordinación derivada de su posición en el orden de género; 2) la cultura patriarcal y misógina tanto en los partidos y movimientos políticos como en las estructuras institucionales, la misma que se expresa en los altos niveles de acoso y violencia política de género.

La gran mayoría de mujeres en cargos de poder, aunque también en los diferentes poderes del Estado no han acogido la responsabilidad de actuar en defensa de los intereses de las mujeres; en ello incide el posicionamiento radical del Presidente Correa [que “rechaza la absurda y peligrosísima ideología de género”], lo cual establece límites a una actuación deliberante tanto de quienes ejercen cargos por designación como en los cargos de elección popular; en este sentido, las directrices partidistas establecen lo que se ha de aprobar en la legislación y las políticas.⁷²⁸

⁷²⁶ La privación de los derechos laborales y de la seguridad social que experimentó un importante sector de mujeres fundamentalmente del área rural, que figuraba como “personal voluntario” de los programas de desarrollo infantil a cargo del Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) en la época de transición institucional, fue justificada por el MIES con base en normas de la propia Constitución del año 2008 teniendo al frente de este ministerio a Beatriz Tola y Doris Soliz, quienes formaron parte del movimiento de mujeres del Azuay.

⁷²⁷ Las asambleístas Paola Pabón, Soledad Buendía y Gina Godoy -militantes del movimiento de mujeres de Imbabura, Pichicha y Guayas, respectivamente-, fueron sancionadas por el partido político al que pertenecen -Alianza País- por no acatar las resoluciones de dicha organización política respecto de la discusión legislativa del aborto.

⁷²⁸ Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, Ob. cit., p. 41.

La actividad de las organizaciones sociales también ha experimentado un proceso de debilitamiento progresivo. En este contexto se produce una disminución de los espacios de participación autónoma de las mujeres y de sus organizaciones. Se señala que, a partir de la promulgación del Decreto Ejecutivo N° 16 de junio de 2013 – que regula el funcionamiento de las organizaciones de la sociedad civil por parte del Gobierno Nacional–, se ha incrementado el control discrecional de las organizaciones de la sociedad civil que tienen un perfil independiente respecto de las orientaciones del Régimen. Se trata de una regulación que, en opinión de diversas organizaciones de la sociedad civil conculca varios de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución del año 2008. El control por parte del Estado se expresaría en el acceso a la información de las organizaciones por parte de las autoridades, los requisitos que deben reunir, así como aplicación de las causas que autorizan la disolución de las organizaciones. La regulación determina que las organizaciones deban efectuar una serie de gastos para el desarrollo y mantenimiento de sistemas de información, lo cual, para el caso específico de las asociaciones de mujeres que tienen personería jurídica, en la práctica, afecta su sostenibilidad por la falta de recursos.

En el contexto de un proyecto de Estado fuerte, centralizado y omnímodo, de restricción de libertades, debilitamiento de la organización social, criminalización del disenso y la protesta social, el Decreto 16 es el dispositivo jurídico orientado a limitar y establecer controles rígidos y discrecionales de la autoridad a las organizaciones de la sociedad civil en su funcionamiento.

El Decreto 16 vulnera los principios y derechos de independencia y autonomía de las organizaciones de la sociedad civil organizada; y por supuesto, ha debilitado su rol en la promoción de diálogos plurales, la defensa de derechos ciudadanos, la exigibilidad, el

control de la transparencia de la gestión de los recursos públicos.⁷²⁹

⁷²⁹ Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, Ob. cit., p. 39.

CAPÍTULO V

A MANERA DE CONCLUSIÓN: LAS DEMANDAS DE LAS MUJERES Y LA VIGENCIA REAL DE LA CONSTITUCIÓN

5.1. La teoría feminista y el papel del Derecho en la reproducción o transformación de los esquemas patriarcales de discriminación

En el presente estudio se han expuesto los principales cuestionamientos que la teoría feminista ha realizado a la manera en que el liberalismo configuró la ciudadanía, al presentar a los ciudadanos individuales con iguales derechos e iguales deberes, es decir, reduciendo la ciudadanía a un estatus meramente jurídico y desconociendo que en la realidad social las desigualdades son el resultado de su pertenencia a determinados grupos caracterizados por rasgos como el género, la etnia, la clase social, la religión, la discapacidad, la edad, la nacionalidad, entre otros rasgos.

En efecto, el feminismo ha puesto de manifiesto que el ámbito público de la ciudadanía fue presentado de manera universal y abstracta, suprimiendo las divisiones, los conflictos y las desigualdades, y exhibiendo como valores universales los que habían resultado de la experiencia específicamente masculina. En oposición, el ámbito privado fue configurado como el espacio de las relaciones familiares, de las emociones, de los afectos, del cuidado de los otros, y, por lo tanto, asociado a los atributos considerados “femeninos”.

Esta operación a través de la cual se muestra los ámbitos público y privado como si fuesen esferas separadas y opuestas, fue uno de los mecanismos a través de los cuales la teoría liberal excluyó a las mujeres del alcance de sus razonamientos supuestamente

universales. En efecto, la teoría liberal relaciona los criterios que rigen la esfera pública con la concepción liberal de individuo, el mismo que fue construido de forma abstracta, al margen de sus relaciones familiares y de las relaciones con otros individuos. Mientras tanto, el espacio doméstico fue caracterizado como un “orden natural” al que fue asignada la mujer, debido a sus cualidades “innatas” para el cuidado de los otros. Una de las consecuencias más importantes de esta operación fue que la familia, al pertenecer al espacio privado, debía resolver sus diferencias internas sin la intervención del Estado. Esta doctrina fue legitimada por el Derecho.

En este contexto, la teoría feminista denuncia el papel que históricamente ha desempeñado el Derecho, a nivel discursivo y procedimental, en la reproducción de los esquemas patriarcales de dominación. El análisis feminista del Derecho cuestiona la ideología patriarcal que orienta la construcción del sujeto de derechos, los postulados básicos de la teoría jurídica y los principios fundamentales del sistema jurídico, que aparecen como si fueran neutrales.

No obstante, si el Derecho ha desempeñado un rol decisivo en el mantenimiento y reproducción de concepciones y prácticas que ubican a las mujeres en una posición de inferioridad respecto de los hombres, resulta difícil comprender cómo al mismo tiempo podría ser aprovechado para alterar la situación en la que se encuentra el colectivo femenino. En la concepción feminista del Derecho es posible identificar diversas estrategias utilizadas para erradicar los esquemas patriarcales de dominación. Así, en una primera etapa el énfasis estuvo puesto en la lucha por reformas legales a favor de la igualdad. Desde un punto de vista diferente se propuso la construcción de una jurisprudencia “propia” de contenido eminentemente feminista. También se ha planteado con éxito la importancia de “hacer visible” la especificidad de las

experiencias de las mujeres y la necesidad de redefinir conceptos e instituciones jurídicas partiendo del punto de vista de quienes sufren determinadas daños u ofensas debido a la situación de subordinación en la que se encuentran. Finalmente, se ha mostrado que el Derecho puede ser analizado como un discurso que produce identidades de género, en lugar de analizar su aplicación a sujetos que ya poseían un género determinado.

En efecto, el análisis feminista del Derecho muestra que las leyes no pueden ser estudiadas únicamente a partir de lo que mandan, prohíben o permiten las normas. El Derecho aparece como un discurso que elabora imágenes de los hombres y las mujeres, asignándoles características, papeles, lugares, derechos, deberes y poder, de forma diferenciada. De lo que se trata es, entonces, de descubrir las diversas y muchas veces contradictorias e inconsistentes imágenes de “lo femenino” y de “lo masculino” que conviven en las leyes y que varían con el tiempo y según los contextos.

Esta tendencia se expresa en los procesos de elaboración de las leyes. Pero no sólo es el sistema normativo el que reproduce prejuicios en torno a los géneros; también lo hacen las decisiones judiciales y las prácticas de las diversas instancias que conforman el sistema jurídico, al fijar espacios diferentes para el quehacer de hombres y mujeres, y establecer criterios de valoración distintos de unos y otras. De esta manera, contribuyen a la construcción de las identidades femenina y masculina sobre la base de criterios discriminatorios.

En este contexto, se ha destacado el rol preponderante que puede jugar la Constitución en la transformación de la situación de la mujer, al incorporar como principio superior del ordenamiento jurídico el principio de igualdad y no

discriminación y orientar el proceso de reforma legislativa encaminado a concretar dicho principio, eliminando aquellas normas de carácter discriminatorio que todavía pueden estar presentes en diversas ramas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, a fin de garantizar la eficacia de la reforma legal es necesario tener en cuenta las realidades particulares que caracterizan la vida de las mujeres. Efectivamente, la subordinación legal de las mujeres ha sido prácticamente suprimida, sin embargo, en la realidad social, las mujeres continúan asumiendo la mayor carga respecto de las tareas domésticas y el cuidado de los otros, lo cual se expresa, por ejemplo, en la crianza de los hijos/as y la atención de las personas enfermas, ancianas o con discapacidad. Persiste la situación de infrarrepresentación política de las mujeres y su trabajo fuera del hogar sigue siendo infravalorado, no retribuido o escasamente remunerado. Todavía las mujeres se desenvuelven en entornos caracterizados por la desigualdad, la exclusión y la violencia.

El principio de igualdad contiene dos dimensiones –que corresponderían a dos diferentes etapas históricas–. En una primera etapa se configuró la igualdad formal, como la exigencia jurídico-política de la igualdad ante la ley. La igualdad formal se cumple básicamente en el plano del Derecho, y de los derechos y deberes jurídicos. Como la igualdad formal por sí sola no es suficiente para alcanzar la igualdad efectiva, en un segundo momento se reconoció la igualdad sustancial o material ligada al Estado social. Aquí la igualdad sustancial está encaminada a corregir, eliminar o evitar los obstáculos generados por la práctica social o por la acción de los poderes públicos que impiden que algunos colectivos –las mujeres, determinadas minorías étnicas o religiosas, las personas con discapacidad, “los menores”, entre otros grupos o categorías de personas– puedan participar plenamente en la vida familiar, social, económica, política y cultural. Justamente, en una realidad social caracterizada por la opresión y la

subordinación, la igualdad formal opera como un poderoso instrumento de mantenimiento del statu quo.

Estas dos concepciones de la igualdad que aparecen opuestas, han sido afectadas mutuamente. Así, partiendo del principio de igualdad formal, las Constituciones han incorporado el principio de igualdad material. En el contexto del Estado social y democrático de Derecho, la igualdad real sería un desarrollo de la igualdad formal. En este sentido, no solamente la ley, sino también las decisiones de los operadores jurídicos y la implementación de la política pública deberían ser configuradas de modo que se conviertan en instrumentos eficaces para erradicar las diversas manifestaciones de la discriminación que han situado a determinados grupos –como es el caso de las mujeres– en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona.

Bajo este marco de análisis, una evaluación de los avances logrados en torno a los derechos de las mujeres requiere el empleo de una concepción amplia del derecho. En este sentido, el feminismo latinoamericano propone analizar tres componentes del derecho íntimamente vinculados entre sí: el componente formal normativo, el componente estructural y el componente político-cultural. El componente formal normativo estaría relacionado con la ley formalmente promulgada (ley constitucional, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas, decretos, reglamentos, convenciones colectivas, entre otros). El componente estructural estaría constituido por el contenido que los operadores de la administración de justicia dan a las normas, reglas y principios al momento de seleccionarlos, aplicarlos e interpretarlos. En este componente también podrían incluirse las concepciones, la puesta en práctica y los efectos de las políticas públicas diseñadas y ejecutadas por los organismos gubernamentales. Finalmente, el componente político-cultural se expresaría en el sentido que diversos actores sociales y

políticos dan a la Constitución, a la ley y a la política pública. Se trata de establecer la relación que existe entre disposiciones escritas y no escritas, entre la norma oficial y la norma paralela, y conocer las justificaciones o cuestionamientos que al respecto expresan diversos actores sociales y políticos. Aquí se incluye un análisis del acatamiento cotidiano de las leyes, las decisiones administrativas y las resoluciones jurisdiccionales que se produce a través de la costumbre, las tradiciones, las actitudes de la gente.

[...] creemos que las normas constitucionales, particularmente las que tienen que ver con los derechos reconocidos en la parte dogmática, vinculan y limitan al poder y tienen un fuerte poder transformador. Desde esta perspectiva, la Constitución del 2008 es analizada con entusiasmo y consideramos que puede ser una herramienta poderosa para provocar cambios necesarios en la realidad de exclusión y miseria en que vive gran parte de la población. Tampoco quisiéramos caer en la ingenuidad de pensar que la Constitución por sí sola, como no lo ha hecho norma jurídica alguna, genera los cambios. Se requieren [...] múltiples factores, entre otros, la cultura jurídica, los movimientos sociales, la actitud de las juezas y jueces frente a los derechos, la percepción de la realidad, la voluntad política y el compromiso frente a la transformación.⁷³⁰

5.2. Los derechos de las mujeres a través de la interpretación judicial: avances y retrocesos

Teniendo en cuenta el marco teórico descrito, la presente investigación aborda el proceso impulsado por el movimiento de mujeres ecuatorianas en el escenario de la

⁷³⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano”, en: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La protección judicial de los*

Asamblea Nacional de 1997-1998, con el fin de conseguir el pleno reconocimiento de los derechos de las mujeres y asegurar su efectiva vigencia en todas las esferas de la vida social. Esta Asamblea Nacional permitió a la participación de diversos sectores de la sociedad ecuatoriana como mecanismo para incorporar sus propuestas. Entre las demandas de las mujeres que fueron transversalizadas en el nuevo texto constitucional –es decir, en el componente formal– se subrayan aquéllas orientadas a promover su representación política en los procesos de toma de decisiones; el derecho a vivir sin violencia en todos los ámbitos de su vida; el derecho a la igualdad de oportunidades en el trabajo; el respeto a sus derechos sexuales y reproductivos; el reconocimiento de las distintas estructuras familiares y de las responsabilidades familiares compartidas; la incorporación del enfoque de género en la planificación del desarrollo y la institucionalización de las políticas públicas para superar las desigualdades entre mujeres y hombres. Entre los avances de la Constitución Política de 1998 se destaca el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación entre los sexos.

En el proceso de materialización de los derechos de las mujeres se concede primordial importancia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los órganos jurisdiccionales ordinarios –análisis que corresponde al componente estructural del derecho–. Indudablemente, el impacto de los avances constitucionales está relacionado con la forma en que las normas son interpretadas por los operadores jurídicos. Sin embargo, el proceso de interpretación de las normas no es unívoco, sino que expresa el conflicto de los diversos actores sociales y políticos por proclamar y legitimar determinados significados. De ahí que la interpretación del principio de igualdad entre

derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 544-545.

los sexos necesariamente refleje la puesta en escena de apreciaciones de carácter histórico, social y cultural.

La investigación enfatiza la importancia del estudio de las decisiones judiciales desde una perspectiva de género. Este proceso implica descubrir qué necesidades y experiencias guían la interpretación de las normas; cuáles son los estereotipos que están detrás de la valoración de los roles que debe desempeñar hombres y mujeres; qué derechos, privilegios, prerrogativas, competencias, recursos y poderes se asigna a cada sexo; qué imágenes respecto de las relaciones entre los sexos pueden ser extraídas de la interpretación de las normas; qué efectos concretos, en hombres y mujeres, se desprenden de la aplicación de las leyes; etc.

La interpretación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, a partir de la vigencia de la Constitución de 1998, no necesariamente muestra un curso lineal. El reconocimiento de los derechos de las mujeres en las decisiones de los jueces ecuatorianos evidencia avances y retrocesos. Unas veces se apuesta por una concepción material de la igualdad. Por ejemplo, en este primer caso se ubica la resolución del Tribunal Constitucional respecto de una acción de revisión de constitucionalidad de la disposición contenida en el numeral 7 del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil que establecía una diferenciación respecto de la calidad del testimonio de quienes denomina “meretrices”, distinción que restaba fuerza probatoria a sus testimonios dentro de un proceso judicial por considerar que carecían de probidad. Dado que la norma establecía una especial diferenciación de género, a partir de una conceptualización negativa del trabajo sexual, el Tribunal efectuó un análisis de razonabilidad de tal diferenciación para establecer si se trataba de una disposición discriminatoria. Tal distinción, al no contener una razonable justificación, carecer de

objetividad y ser desproporcionada con el fin que perseguía, constituía un discrimen para el Tribunal. El Tribunal se apoyó en las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que, por disposición del artículo 18 de la Constitución Política de 1998, eran directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, y declaró, en consecuencia, su inconstitucionalidad.

Asimismo, en esta dirección está la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional frente a la arbitraria interpretación de la alternabilidad y la secuencia en la ubicación de puestos de mujeres y hombres, realizada por el Tribunal Supremo Electoral que, en la práctica, limitaba la eficacia de las cuotas electorales en favor de las mujeres ecuatorianas. El Tribunal Constitucional consideró que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo Electoral contravenía los preceptos constitucionales contenidos en el artículo 23, número 3, que consagraba la igualdad y prohibía la discriminación, y en el artículo 102 de la Carta Política del año 1998 que recogía la obligación del Estado de garantizar la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, por lo que declaró la inconstitucionalidad del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Elecciones cuestionado.

Merecen destacarse, asimismo, las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia que permitieron discutir los supuestos que sustentaban las causas para la declaratoria judicial de la paternidad en el Código Civil, modificar la orientación de la prueba, y reconsiderar el rol de las y los juzgadores. Las decisiones de la Corte Suprema significaron un avance para el ejercicio del derecho a la identidad por parte de niñas, niños y adolescentes, al tiempo que posibilitaron cuestionar las prácticas discriminatorias que soportaban las mujeres-madres al verse obligadas a probar aspectos

como la “seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas”, la “promesa de matrimonio” y el “concubinato notorio” –elementos recogidos por la ley formalmente promulgada– o tener que desvirtuar la imagen de “mujer de conducta dudosa” –aspectos de la norma paralela vigente en la práctica cotidiana–. La Corte consideró que las disposiciones relativas a la prueba para obtener la declaración judicial de la paternidad habían quedado tácitamente derogadas por ser contrarias al principio constitucional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política de 1998, de acuerdo con el cual era obligación del estado, la sociedad y la familia, proveer con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos.

También en este primer grupo se ubica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se orientó por el reconocimiento y efectiva vigencia de los derechos laborales de las mujeres que realizaban “trabajos voluntarios”, desmantelando de esta manera una serie de prejuicios asentados en la creencia de la “inferioridad natural” de la mujer y su “disposición innata” para el trabajo doméstico. Varias decisiones de la Corte Suprema visibilizaron las prácticas discriminatorias que eran promovidas por una política pública gubernamental de clara orientación neoliberal en contra de mujeres que cumplían tareas de cuidado y educación de niños y niñas menores de seis años en centros de desarrollo infantil, centros de apoyo nutricional, educación inicial y programas para niños/as y adolescentes trabajadores/as, mujeres que, al no ser consideradas como trabajadoras, solamente recibían “una bonificación”. De acuerdo con la Corte, a nadie se le podía exigir servicios gratuitos; nadie está obligado a recibir “dádivas”; por tanto, es obligación del empleador pagar el sueldo o salario convenido que, en ningún caso, puede ser inferior al mínimo legal a más de los beneficios que contempla la ley. La Corte fue enfática al señalar que las decisiones ministeriales que

establecían este “sistema de bonificación” contravenían disposiciones constitucionales y legales expresas.

En otras ocasiones las decisiones judiciales reforzaron conceptos y prácticas que tienden a justificar la subalternidad de la mujer. En este segundo grupo se sitúan aquellas resoluciones que realizaron una lectura extremadamente formalista de las normas debatidas, o que traducían una serie de prejuicios sobre el deber ser de cada sexo, o que contribuyeron a la construcción estereotipada de las identidades de hombres y mujeres, en todos los casos, impidiendo el ejercicio efectivo de los derechos que el texto constitucional de 1998 reconocía en favor de las mujeres.

En este segundo grupo se encuentran las decisiones de las Salas del Tribunal Constitucional en respuesta a las acciones de hábeas corpus propuestas por mujeres-embarazadas privadas de la libertad. Existen varias resoluciones que asumieron una posición de indiferencia frente a la situación de las mujeres-madres privadas de la libertad, remitiendo al juez que conoció la causa la decisión correspondiente. Otros fallos se orientaron abiertamente por negar el hábeas corpus solicitado por mujeres-madres vinculadas a delitos de “drogas”, dejando intacta la situación de franca violación de derechos que afrontaban las peticionarias. En la práctica, esta tendencia legitimó la concepción dominante, instalada tanto en la sociedad como en las instituciones del Estado, de que los mayores esfuerzos del Estado, de sus instituciones y agentes, debían estar dirigidos al control, la investigación, el juzgamiento y la sanción de este tipo de delitos.

También forman parte de este grupo de decisiones las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que tienen relación directa con la problemática de la violencia que afecta a las mujeres. Tal es el caso de las decisiones adoptadas por las Salas de lo Civil

y Mercantil de la Corte Suprema en materia de divorcio. En efecto, el reconocimiento del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, el abandono de una concepción de la violencia como fenómeno privado y su consideración como un problema que merece la intervención activa de los poderes públicos, estuvieron ausentes de las discusiones y reflexiones de los jueces cuando conocieron y resolvieron las impugnaciones de las sentencias de divorcio por injurias graves y actitud hostil. Los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en este tema se orientaron a la preservación del núcleo familiar y la institución del matrimonio –en abstracto– omitiendo el análisis los derechos de las mujeres que se veían afectados a causa de la violencia de género.

En este mismo sentido se cuestiona la interpretación de las normas penales que hicieron las Salas de lo Penal de la Corte Suprema respecto de los delitos sexuales. No sólo son las decisiones judiciales las que promueven el mantenimiento de imaginarios sociales patriarcales. Es el proceso penal en su conjunto el que refuerza el control social que se ejerce sobre la víctima. Abogados, fiscales y los propios juzgadores reproducen concepciones sustentadas en la “doctrina de la resistencia heroica” de la víctima en los delitos de violación o el supuesto de que no existe violación entre conocidos o la tesis de que la oferta del acusado de contraer matrimonio con la víctima debe ser valorada positivamente como elemento para atenuar la pena. La referencia a criterios como la honestidad de la víctima, las buenas costumbres y otros criterios de carácter moral estuvieron presentes, con mucha fuerza, en la mente y en las actuaciones de los diversos operadores jurídicos.

Ciertamente, la interpretación judicial no es una tarea puramente técnica. En la actualidad ha sido ampliamente reconocido que quienes interpretan lo hacen en medio

de un contexto social, histórico y cultural y que la interpretación implica valoración y elección. El proceso de selección y utilización del método de interpretación está relacionado con la corriente ideológica de quienes interpretan, las diversas concepciones de justicia que guían su accionar y el resultado que pretenden alcanzar. Por ello, la posición constitucional de las mujeres no sólo tiene que ver con la existencia de normas explícitamente discriminatorios –componente normativo del derecho–, sino también con los efectos discriminatorios de la aplicación e interpretación de las mismas –componente estructural–.

Después de una década de vigencia de la Constitución del año 2008, el escenario de la Asamblea Constituyente de Montecristi fue visto por las organizaciones de mujeres como una nueva oportunidad para diseñar “transformaciones de fondo”. El movimiento de mujeres ecuatorianas calificó los logros de la Constitución de 1998 como “emblemáticos” pero cuestionó los límites del modelo hegemónico neoliberal que se puso en vigencia. En este sentido, desde el movimiento de mujeres se señaló la importancia de vincular las demandas de género a los “temas estructurales”, lo cual implicaba participar activamente en la construcción de propuestas orientadas a la reinstitucionalización del Estado, el fortalecimiento de la participación ciudadana, y la construcción de un modelo de desarrollo basado en la redistribución y la justicia económica en reemplazo del esquema neoliberal.

La Asamblea Constituyente de Montecristi había acogido importantes demandas de diversos sectores y movimientos sociales, a través de la promoción de una amplia participación social y ciudadana, mecanismo inaugurado en la Asamblea Nacional de 1997-1998. La nueva Constitución fue aprobada mediante referéndum el 28 de

septiembre de 2008 y entró en vigencia el 20 de octubre del mismo año.⁷³¹ De los logros de la Constitución de 2008 valorados por el movimiento de mujeres se destacan: el compromiso del Estado, como uno de sus deberes primordiales, de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (Art. 3, núm. 1). Entre los principios que rigen el ejercicio de los derechos consta el que ratifica que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Se afirma que nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Se establece que la ley sancionará toda forma de discriminación (Art. 11). La Carta Política reafirma el derecho a la igualdad formal, la igualdad material y a la no discriminación (Art. 66, núm. 4). El nuevo texto constitucional consigna la obligación del Estado de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (Art. 11). El Estado además deberá generar las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo

⁷³¹ En opinión de Ramiro Ávila Santamaría, el nuevo texto constitucional se sitúa en el marco del “neoconstitucionalismo andino o transformador”. Con este término el autor pretende destacar las teorías jurídicas que posibilitan comprender e interpretar el contenido de la Constitución de Montecristi. Por un lado, con la palabra “neoconstitucionalismo” se recogen los elementos más innovadores del constitucionalismo europeo contemporáneo desarrollado desde mediados del siglo XX y que marcó una distinción importante con el formalismo y positivismo jurídicos. Por otro lado, con la palabra “transformador” se intenta mostrar que hay avances propios del constitucionalismo andino, desde los textos constitucionales de Bolivia y Ecuador, así como desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que son inéditos. Ver la obra *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Ediciones Abya-Yala / Universidad Andina Simón Bolívar,

largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y deberá priorizar su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia (Art. 341).

No cabe duda que las demandas de las mujeres organizadas fueron ampliamente incorporadas en nueva Constitución –dispositivo formal–. No obstante, como hemos venido afirmando, las normas requieren de una serie de mecanismos (instituciones, programas, recursos, decisiones administrativas, resoluciones jurisdiccionales) para hacer realidad las orientaciones del texto constitucional. En esta línea, es posible afirmar que el estudio de las decisiones judiciales, la orientación de la política pública gubernamental –dispositivo estructural–, así como el análisis de las prácticas y discursos de diversos actores sociales y políticos que disputan el significado de los avances normativos –dispositivo político-cultural– muestran los avances y los obstáculos que han experimentado las mujeres de diferentes edades, clase social, condición económica, origen étnico, filiación político-partidista, etc., para ejercer plenamente sus derechos.

5.3. Igualdad formal e igualdad material: Los límites de las acciones afirmativas para lograr la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad

La Constitución del Ecuador aprobada por las y los ecuatorianos en el año 2008 reconoce la necesidad de poner en marcha medidas de acción afirmativa para garantizar en igualdad de condiciones la participación de las mujeres –y de otros sectores

tradicionalmente discriminados– en la vida política del país. En este sentido, se encarga a la ley la instauración de un sistema electoral que haga realidad los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres. Por su parte, los partidos y movimientos políticos deben garantizar la conformación paritaria de sus directivas con la presencia de mujeres y hombres, es decir, promover el funcionamiento democrático de las organizaciones políticas. La Constitución de Montecristi también reconoce y garantiza el derecho de las personas a desempeñar empleos y funciones públicas con base criterios de equidad y paridad de género y encarga al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social la designación de varias autoridades e integrantes de diversos cuerpos colegiados, igualmente, en condiciones de equidad y paridad entre mujeres y hombres.

La obligación estatal de poner en marcha acciones afirmativas o positivas requiere el establecimiento de mecanismos de carácter diferenciado para favorecer a personas y colectivos que actualmente están o históricamente han estado en situación de discriminación. Se trata de medidas de tipo promocional que implican la realización de determinadas acciones o que promueven la consecución de determinados fines. Su objetivo es revertir los efectos de la marginación, la exclusión, la invisibilidad y la violencia en que han sido colocados ciertos individuos y los grupos en los que se integran, y que han impedido el disfrute de la igualdad de derechos y oportunidades en diversos ámbitos como es el caso de la educación, el trabajo, la participación política, la familia.

Las mujeres, y las organizaciones que demandan la plena vigencia de sus derechos, han luchado por conseguir mayores cuotas de igualdad real –y no únicamente formal– a partir de lo cual han exigido el reconocimiento jurídico y la implementación

de medidas de acción afirmativa o positiva, precisamente, con el objeto de superar la situación de discriminación que padecen como grupo, garantizar la igualdad de oportunidades, reparar los efectos de las discriminaciones presentes y prevenir discriminaciones futuras.

La instrumentalización de las medidas de acción afirmativa involucra la elaboración y ejecución de “programas de igualdad de oportunidades” orientados a promover el acceso y la permanencia de las mujeres en el ámbito educativo, promocionar cualitativa y cuantitativamente la participación de las mujeres en el mundo laboral, promover la corresponsabilidad de mujeres y hombres en la realización de responsabilidades domésticas y de cuidado, incrementar la participación política, social e institucional de las mujeres en puestos de toma de decisiones, garantizar el acceso de las mujeres a programas de crédito, entre otros objetivos.

Considerando la relación que existe entre el principio constitucional de igualdad formal y de igualdad material, las medidas de acción positiva tienen como propósito eliminar los obstáculos que impiden la realización concreta de la igualdad de oportunidades. Se trata de modificar la situación de desigualdad en la que se encuentran los sujetos en razón de su pertenencia a un grupo o colectivo. Si éste es el resultado que se pretende alcanzar con la implementación de este tipo de medidas, entonces, las acciones positivas deben ser diseñadas, aplicadas y evaluadas en función de su capacidad real para transformar la realidad social.

En el ámbito específico de la participación política de las mujeres, el proceso de implementación de estas medidas ha debido enfrentar una serie de obstáculos de tipo legal, judicial, político y social. Ya desde el período en el que estuvo en vigencia la Constitución Política del año 1998, las organizaciones de mujeres cuestionaron las

concepciones y prácticas que estuvieron detrás de los intentos de diversos actores políticos y sociales interesados en mantener el *statu quo*. Así, las mujeres organizadas denunciaron la interpretación formalista que quiso hacerse de la normativa electoral referida a la alternabilidad y la secuencia que los partidos políticos debían observar respecto de la ubicación de hombres y mujeres en las listas electorales. En efecto, incluso desde un sector del organismo de control constitucional se intentó justificar la posibilidad de que exista “alternabilidad sin secuencia”; y, desde otro sector señaló que carecía de importancia el lugar de las candidaturas dentro de las listas presentadas para elecciones pluripersonales, ya que eran los ciudadanos los que en último término tenían la capacidad de seleccionar los candidatos de su preferencia, olvidando que las medidas de acción afirmativa buscan, precisamente, transformar aquellas prácticas sociales que relegan la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad.

Otra de las maniobras dirigidas a impedir la plena participación política de las mujeres en el período post-Constitución de 1998 –en manos del máximo organismo electoral– fue dejar en manos de los partidos políticos la decisión en torno a la definición e implementación de la “alternabilidad y secuencia”, lo que, una vez más, permitía que se ubique a las mujeres en lugares con escasas posibilidades de elección real. El dejar la aplicación de la alternancia y secuencia al arbitrio de los partidos políticos ponía de manifiesto la existencia de un “pacto patriarcal” orientado a impedir el ejercicio del derecho de las mujeres a participar en pie de igualdad en la vida política del país. En este contexto, la discriminación de facto que se producía en contra de las mujeres a la hora de acceder a los cargos de representación política ponía de manifiesto las debilidades del sistema político.

En la actualidad, los datos sobre el acceso de las mujeres a cargos políticos

muestran que las medidas de acción positiva han posibilitado el incremento de la presencia de las mujeres en diversos órganos de representación y dirección, ampliando la visibilidad social de las mujeres. En efecto, no cabe duda que las medidas afirmativas han acelerado el proceso de incorporación de las mujeres en diversos espacios de toma de decisiones. Este logro ha sido alcanzado a partir de la idea de “democracia paritaria” que defiende la construcción de una sociedad más igualitaria, más democrática, desde un punto de vista político. La noción de “paridad política” constituye un aspecto clave de la democracia, pues no sólo se trata de revertir el déficit en cuanto a la participación política de las mujeres, sino de favorecer el reconocimiento social de las mujeres como sujetos de derechos en pie de igualdad. Al mismo tiempo, el concepto de paridad política cuestiona los fundamentos de un sistema político que todavía coarta el aporte de las mujeres a la vida democrática del país. Indudablemente, el carácter democrático del sistema político puede ser evaluado en función de sus posibilidades reales para lograr que tanto hombres como mujeres puedan ejercer una influencia equitativa en las decisiones públicas.

Más allá del acceso, un examen de la situación actual en la que se encuentran las mujeres en el ámbito de la participación política muestra que aun cuando las mujeres desempeñan un rol de mayor representación formal, en la práctica, cuentan con menos oportunidades reales de ejercer una influencia directa en los procesos de toma de decisiones, ya sea la Asamblea Nacional, en las secretarías de Estado, en diversos órganos colegiados de carácter nacional, en los gobiernos autónomos descentralizados, al interior de los partidos políticos, incluso, en las organizaciones sociales de las que forman parte.

Ciertamente, aun cuando se observa una importante presencia de mujeres en

espacios de toma de decisiones incentivada a partir de la puesta en marcha de medidas de acción afirmativa o positiva y la paridad, su presencia numérica no necesariamente ha permitido incorporar los temas de la agenda feminista en el debate e implementación de la política pública ni en el proceso de reforma legal. El silencio impuesto por el Gobierno Nacional –y el partido político del que proviene– respecto de la despenalización del aborto, la manifiesta ausencia de las organizaciones de mujeres en la discusión de la política pública, el retroceso experimentado en cuanto a la concepción de la política pública de prevención del embarazo adolescente (y el ejercicio de los derechos sexuales y los derechos reproductivos de las mujeres en general), las limitaciones de orden normativo impuestas por el Régimen a las organizaciones sociales –y aplicadas básicamente a las organizaciones sociales de carácter independiente–, la criminalización de la protesta social, el acoso y la violencia política de género, son todos mecanismos de carácter patriarcal que actualmente limitan la actuación autónoma de las mujeres y de las organizaciones sociales de las que forman parte.

La lucha feminista ha destacado que la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones enriquece y renueva la cultura política, al hacer posible la representación de otros intereses y valores, la redefinición de las prioridades políticas, la inclusión de nuevos temas en la agenda pública y la aparición de nuevas perspectivas en la consideración de los asuntos políticos. Se plantea que la capacidad democratizadora de las medidas de acción afirmativa y la paridad en el ámbito de la representación política estaría dada por la posibilidad de cuestionar los cimientos de la política hegemónica. Lamentablemente, aun cuando contamos con una Constitución de avanzada, en la práctica, asistimos a un proceso de re-patriarcalización de la acción política, que ha conseguido archivar las propuestas feministas y silenciar las

contribuciones que la mitad de la población puede hacer en favor de la democratización de la sociedad y del sistema político.

5.4. La lucha de las mujeres por una vida libre de violencia: el papel del Derecho Penal en la (des)protección de las víctimas de hechos violentos

A diferencia de lo que sucedió en el período en que estuvo vigente la Constitución Política de 1998, se puede decir que la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia en torno a la violencia que sufren las mujeres ha experimentado una importante evolución. Así, la actual Corte Nacional de Justicia reconoce a la víctima como protagonista central del proceso penal y promueve su participación en el procedimiento en condiciones de igualdad. Las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia en torno a los delitos sexuales discuten varios temas de interés feminista y de derechos humanos en general, como el valor que debe concederse a la versión de la víctima en este tipo de delitos, el derecho de la víctima a no ser revictimizada, la protección que debe otorgarse a víctimas especialmente vulnerables, la aplicación del principio del interés superior del niño/a, entre otros temas.

La Corte Nacional ha enfatizado que la víctima de delitos sexuales, como sujeto procesal, tiene derecho a participar en el proceso penal en igualdad de condiciones, lo cual incluye el derecho a rendir su testimonio en el juicio, a recibir protección especial y a que se garantice su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas. Para la Corte, la garantía de no revictimización significa que es facultad de la víctima prestar o no prestar su declaración en el juicio y que, de hacerlo, su testimonio no puede ser desvalorizado y expuesto a la humillación en base a prejuicios y estereotipos.

Pero a pesar de los indudables avances que ha experimentado la interpretación judicial de los delitos sexuales por parte del Alto Tribunal, el principal problema que continúa afectando a la víctima es la victimización secundaria. Las víctimas de delitos sexuales se enfrentan a tratos inadecuados por parte del personal policial, de los fiscales, los funcionarios judiciales, los defensores del procesado y otros profesionales que entran en contacto con la víctima. La invasión del cuerpo o la intimidad de las víctimas para la obtención de pruebas, la creencia de que es la víctima quien provoca la agresión, la idea de que es la víctima quien debe repeler la agresión, la insensibilidad del personal encargado de asistir a la víctima, entre otras situaciones, provocan en la víctima daños adicionales a los ocasionados por efecto de la comisión del delito.

En cuanto a la problemática de la violencia intrafamiliar, la Corte Nacional de Justicia ha señalado que la violencia contra las mujeres constituye un asunto de interés social y político, respecto del cual el Estado ecuatoriano asumió una serie de compromisos en los ámbitos de la prevención, protección y sanción. Ha destacado, asimismo, que la decisión del legislador de sancionar la violencia en sus dimensiones física, psicológica y sexual, por constituir una violación del derecho a la integridad personal garantizado constitucionalmente, significó la materialización del peligro y riesgo concreto que sufrían las mujeres víctimas de violencia por parte de sus cónyuges, convivientes, parejas y los demás integrantes del núcleo familiar.

También la Corte Nacional de Justicia ha tenido la oportunidad de referirse a las causas y consecuencias de la violencia que sufre la mujer en el ámbito intrafamiliar al examinar la problemática del femicidio y analizar la situación en la que se encuentran las mujeres que provocan la muerte de sus agresores luego de una historia prolongada de violencia doméstica. La Corte Nacional ha manifestado que los malos tratos que

sufre la mujer en el ámbito doméstico son una especie de violencia de género y constituyen una forma extrema de discriminación contra la mujer por el hecho de ser mujer. Ha dicho, asimismo, que la violencia sistemática que se produce en el contexto intrafamiliar coloca a la víctima en un estado de permanente indefensión, cuyos efectos pueden ser comparables a los que se producen en la tortura.

La Corte Nacional también ha expresado que el tratamiento de la violencia contra la mujer presenta ciertas particularidades, entre las que se destaca la necesidad de la mujer agredida de contar con medidas de amparo, cuyo objeto es garantizar la protección de la víctima frente al hecho violento. Para ello se requiere de un procedimiento judicial rápido, sencillo y accesible por parte de todas las víctimas. De esta manera, las medidas de amparo deberían ser dispuestas, de oficio o a petición de cualquier persona que conozca del hecho de violencia, cuando la integridad personal o la seguridad de la víctima se encuentren en riesgo. En efecto, el otorgamiento de medidas de amparo responde a la necesidad de proteger los derechos humanos y restablecer el equilibrio biopsicosocial de la mujer agredida.

Pero tal como fue advertido anteriormente, también en este caso el principal problema que soportan las mujeres víctimas de violencia es la doble victimización. La mujer debe prestarse a seguir el proceso penal, someterse a las pruebas forenses que sean requeridas y rendir su testimonio en la audiencia de juicio; si falla alguno de estos elementos es probable que no pueda conseguirse la prueba suficiente para obtener una sentencia condenatoria. A partir de la aprobación del Código Orgánico Integral Penal (COIP) y la inclusión del delito de violencia contra la mujer y otros integrantes del grupo familiar, diversas organizaciones de mujeres han cuestionado la negativa de jueces y juezas de instancia para dictar medidas de amparo en favor de las víctimas o el

hecho de que, habiéndolas ordenado inicialmente, las revoquen si el delito no llega a ser comprobado. Se cuestiona, asimismo, que los jueces y juezas estén declarando como maliciosas y temerarias las denuncias presentadas por mujeres víctimas de violencia que, posteriormente, se retractaron de sus afirmaciones iniciales o que no llegaron a probar el delito. En definitiva, el procedimiento instaurado a partir de la adopción del COIP no necesariamente está protegiendo a la víctima; por el contrario, la está sometiendo a nuevas formas de victimización.

A ello se suma el hecho de que la política pública desarrollada por el Gobierno Nacional para enfrentar la problemática de la violencia contra las mujeres ha sido insuficiente, según lo han denunciado las organizaciones de mujeres a nivel nacional. Se señala que las acciones emprendidas han sido débiles, descoordinadas, dispersas y escasas. La institucionalidad encargada de implementar la política pública en este ámbito ha sido debilitada a partir de una serie de decisiones normativas y presupuestarias. Ha existido una constante migración de competencias en el ámbito de la violencia desde el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) al Ministerio del Interior, luego al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y nuevamente al MIES. La inestabilidad también ha caracterizado el proceso de implementación de las políticas contempladas en el Plan Nacional de Erradicación de la Violencia de Género hacia niñas, niños, adolescentes y mujeres. Toda esta situación ha incidido negativamente en el ejercicio del derecho de las mujeres víctimas de violencia a contar con una respuesta estatal eficaz.

Aun cuando el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP) acogió varios de los planteamientos que hicieron las organizaciones de mujeres durante el proceso de discusión de la propuesta de ley –la inclusión de nuevos delitos como el de violencia

(física) contra la mujer y otros integrantes del núcleo familiar y el femicidio–, en la práctica el COIP ha sometido a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar a nuevos procesos de re-victimización. En algunas provincias existen órganos de justicia especializada únicamente en las cabeceras cantonales, por lo que las mujeres quedan en estado de indefensión. La capacitación del personal de la administración de justicia en derechos humanos, género y violencia es insuficiente. No existen peritos calificados, sobre todo, en cantones pequeños. A ello se suma la escasa sensibilidad del personal de salud, y la inexistencia de una ruta de atención clara para operar el nuevo modelo de gestión. De acuerdo con las organizaciones de mujeres, a diferencia de lo que sucedía con la Ley 103 el COIP hace los procesos más engorrosos, lo cual produce que las víctimas se retracten o ya no quieran denunciar.

En la medida en que se considera que la criminalización de un comportamiento indica su gravedad social y la violencia contra las mujeres refleja un grave daño social, entonces, la lucha impulsada por las organizaciones de mujeres para obtener reformas a la ley penal es legítima. Pero probablemente el Derecho Penal no sea la única vía –ni tal vez la mejor– para enfrentar la violencia que afecta especialmente a la población femenina. Es preciso evidenciar la contradicción que encierra el uso del Derecho Penal. Si el Derecho Penal ha desatendido históricamente las particularidades de género, perpetuado las posiciones de poder y subordinación que existen en la sociedad, resulta un contrasentido reclamar mayor protección del Derecho Penal frente a la discriminación que sufren las mujeres. En este sentido, se afirma:

Esa ambigüedad en la que parece moverse el Derecho penal –ciertamente atento a las reivindicaciones de los grupos marginados por lo que a la actitud de otros se refiere, pero incapaz de asumir su propia cuota de responsabilidad– ha llevado a ciertos sectores a

poner seriamente en duda la conveniencia de utilizar la vía represiva como medio para corregir las desigualdades fácticas que padecen algunos colectivos. En particular, desde la perspectiva de género, son muchas las voces que alertan sobre el peligro de reivindicar la constante criminalización de conductas como estrategia adecuada en la lucha por alcanzar una posición autónoma de la mujer [...] Porque si desde el principio se acusa al Derecho penal de convertir los cánones masculinos en paradigmas de “normalidad”, permitiendo así una perpetuación de las posiciones de poder y subordinación existentes en la sociedad, no resulta fácil comprender cómo esa misma herramienta puede jugar un papel destacado en la eliminación o atenuación de tales desigualdades fácticas.⁷³²

Se ha apelado a la función simbólica del Derecho Penal como un mecanismo que permitiría recordar a la sociedad que la mujer ocupa aún una posición subordinada, expresar la censura social a determinadas conductas y obtener un cambio de actitudes. Sin embargo, es necesario cuestionar el énfasis puesto en el poder simbólico del Derecho Penal que, en la práctica, construye a sus víctimas y a sus agresores a través de procesos selectivos y a costa de nuevas violencias. En este contexto, la relación entre el discurso feminista –uno de los discursos antidiscriminatorios más potentes– y el discurso legitimante del poder punitivo es criticable. Ciertamente resulta contradictorio reivindicar el uso del poder punitivo –altamente selectivo– precisamente en la lucha contra la discriminación, postura paradójica que es duramente cuestionada en los siguientes términos:

Es posible que en ocasiones, y muy moderadamente, el poder punitivo pueda tener algún efecto simbólico, como también que en ciertas ocasiones pueda tener efecto

⁷³² Patricia Laurenzo Copello, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la democracia*, N°34, Madrid, 1999, p. 16.

preventivo, pero eso no autoriza a legitimarlo en su totalidad, afirmando el dogma de que siempre y en todas ocasiones tiene efecto simbólico o preventivo. De cualquier modo, estos efectos eventuales y aislados son datos sociales que demandan verificación y no dogmas deducidos. Pero incluso así, en ningún caso se puede pensar en sancionar leyes penales por el mero efecto simbólico, porque eso importara siempre una inmoralidad: la mediatización de un ser humano, su degradación a luz roja de semáforo social, su empleo como una cosa, el desconocimiento de su dignidad de persona y, por ende, de fin en sí mismo.⁷³³

Ciertamente que son múltiples los riesgos que comporta la intervención penal para las mujeres. Acentuar la apuesta por la intervención penal puede significar una defraudación –real y simbólica– de sus expectativas, por ejemplo, porque el sistema penal absuelve al agresor o porque no consigue protegerla adecuadamente. La discusión más bien debería estar orientada a identificar cómo el proceso penal puede proteger de manera efectiva a la mujer que sufre violencia, es decir, cómo en la práctica el proceso penal garantiza sus necesidades de asistencia, económicas, y de participación. En esta línea algunas/os autoras/es plantean el recurso a instituciones intermedias de ayuda y asesoramiento fuera del sistema penal, así como la adopción de reformas que contribuyan a dar más poder a la mujer para iniciar y finalizar el procedimiento penal en cualquier estadio. Se plantea que la protección para la mujer puede conseguirse mediante medios alternativos que tomen en cuenta sus aspiraciones y necesidades concretas.⁷³⁴

⁷³³ Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydeé Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000, p. 35.

⁷³⁴ Consultar los trabajos de Elena Larrauri, “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Ciencias Penales*, N° 22, San José, 2004, pp. 8-9; “Una crítica feminista al Derecho penal”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996, pp. 67-71; y, “Control formal:... Y el Derecho penal de las mujeres”, en Elena Larrauri, comp., *Mujeres, derecho y criminología*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, S. A., 1994, p. 106.

En efecto, si alguna fundamentación pudiera tener el derecho penal sería el establecimiento de respuestas estrechamente relacionadas con el daño sufrido por la víctima. Uno de los recursos para atender de manera adecuada los problemas, dificultades y paradojas que presenta el tratamiento penal de las agresiones sexuales y de la violencia intrafamiliar sería la intervención activa de la víctima en el proceso penal, lo cual le permitiría cuestionar los discursos, las posiciones y las interpretaciones dominantes. En efecto:

[...] la única manera de evitar que el derecho penal le quite voz a la víctima consiste, precisamente, en escucharla y en dejar de escuchar la voz del Estado. Democratizamos el procedimiento penal y escuchemos a las víctimas. Son ellas las que más saben de la injusticia y de la discriminación. Son ellas las que cuentan con la indignación suficiente para provocar, con ciertas condiciones, algún cambio saludable. Por ello, desde las más variadas vertientes ideológicas, hoy se propone una participación más intensa y sustantiva de la víctima en el procedimiento penal, relegando, incluso, a la propia figura del acusador público [...].⁷³⁵

Se trata de un modelo abierto que organiza diferentes respuestas frente a las expectativas y decisiones de la víctima, sin imponerle salidas ajenas a su propia voluntad. Un modelo alternativo que no deja desprotegida a la víctima por la impunidad. Un modelo que, al buscar la aplicación de una solución que satisfaga los intereses de la víctima, dependerá, en gran medida, del poder negociador que tenga –o pueda llegar a tener– la víctima a través de programas especializados. Por esta razón, cuando tal poder sea reducido, el principal deber de los órganos de la justicia penal será

⁷³⁵ Alberto Bovino, Ob. cit., p. 260.

el de brindar apoyo a la víctima a fin de nivelar la fuerza de las partes. En definitiva, este modelo garantizaría que la víctima sea escuchada y que se atiendan sus necesidades legítimas.

El Derecho Penal ha sido incapaz de dar una respuesta efectiva a las demandas de las mujeres ecuatorianas relacionadas, fundamentalmente, con la protección especial que requieren las víctimas de la violencia masculina –componente normativo–. Pero junto a la reforma penal está toda una tradición jurídico-política que da la espalda a los derechos de la víctima y favorece la conservación del *statu quo*. Esto se hace evidente en las decisiones y actuaciones de los operadores de justicia que reproducen esquemas sexistas; pero se expresa también en el incumplimiento por parte del Gobierno Nacional de poner en práctica una política pública de carácter integral orientada a prevenir, prestar la asistencia debida y contribuir a la erradicación de los hechos de violencia que se comenten en contra de las mujeres en el ámbito doméstico-familiar –componente estructural–.

Si la experiencia dice que el Estado se ha mostrado indolente frente a la violencia sexual y la violencia intrafamiliar perpetrada generalmente en contra de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, si el proceso penal se ha manifestado incapaz de proteger adecuadamente a las víctimas de la violencia de género, si todavía los operadores jurídicos reproducen ideas que legitiman en la práctica la potestad masculina, y si la política pública gubernamental es insuficiente para garantizar el mandato constitucional en esta área, entonces, es posible dudar de la efectividad del Derecho Penal para proteger, por sí solo, a las víctimas de la violencia, lograr la transformación de los imaginarios en torno al deber ser de cada sexo y contribuir a la emancipación de las mujeres.

5.5. El trabajo en condiciones de igualdad: el retorno a justificaciones de carácter neoliberal para privar a un grupo de mujeres de sus derechos laborales

Las investigaciones desarrolladas en América Latina⁷³⁶ han mostrado la ubicación diferencial de mujeres y hombres en el mercado de trabajo, la especificidad de la inserción laboral femenina y su vinculación con la esfera reproductiva. Estos estudios evidencian la exclusión que experimentan las mujeres en el mercado de trabajo, del empleo, de empleos de calidad, de puestos de trabajo genéricamente “marcados” y de salarios en igualdad de condiciones.

Los factores que explican la exclusión de las mujeres del mercado de trabajo (sobre todo, de las más pobres) son los bajos salarios, la falta de oportunidades de capacitación y la ausencia de servicios de cuidado. El problema del desempleo femenino está relacionado con la falta de disponibilidad de trabajos para las mujeres, la calificación de la oferta y la definición social de las ocupaciones “idóneas” para hombres y mujeres. Las mujeres se ubican en empleos de baja calidad en mayor proporción que los hombres. El empleo femenino se concentra en un número reducido y determinado de sectores y ocupaciones considerados como típicamente femeninos, generalmente desvalorizadas socialmente, limitando de este modo las opciones laborales de las mujeres. También las remuneraciones que obtienen las mujeres siguen estando por debajo de los ingresos que perciben los hombres. Esta desigualdad se explica debido a los recursos diferenciales que poseen hombres y mujeres en cuanto a conocimientos, aptitudes, capacidades y acceso a redes sociales de apoyo, así como a los estereotipos de género todavía presentes en la cultura del

⁷³⁶ Rosario Aguirre, “Trabajo y género. Caminos por recorrer”, en Rosario Aguirre y Karina Batthyány,

trabajo.⁷³⁷

En la actualidad, desde el dispositivo formal normativo –es decir, a partir de la aprobación de la nueva Constitución y de la legislación laboral vigente– se busca asegurar la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, incorporando prohibiciones legales expresas contra la discriminación, desarrollando herramientas que posibiliten la igualdad real de las mujeres en el trabajo remunerado, tanto en el acceso a los puestos de trabajo como en el transcurso de la relación laboral ya establecida y, en ocasiones, impulsando medidas específicas de acción afirmativa para promover el empleo de las mujeres como grupo tradicionalmente sub-representado en la fuerza de trabajo.

Efectivamente, la Constitución del año 2008 garantiza a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, prohíbe toda forma de discriminación que afecte a las mujeres en el trabajo, garantiza el respeto a sus derechos reproductivos y la estabilidad en el empleo sin limitaciones asociadas a su condición de gestación y maternidad, promover un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, impulsa la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares, promueve el acceso equitativo a los factores de producción y asume el compromiso de desarrollar políticas específicas para erradicar la desigualdad y discriminación hacia las mujeres productoras, en el acceso a los factores de producción.

No obstante, las desigualdades subsisten. Gran parte de la discriminación laboral que experimentan las mujeres tiene su origen en el dispositivo político-cultural: en las imágenes estereotipadas que la sociedad tiene sobre las mujeres y los varones y los roles que asigna a cada uno de ellos, en las dificultades para lograr acuerdos de

coord., *Trabajo, género y ciudadanía en los países del Cono Sur*, Montevideo, Cinterfor, 2001.

responsabilidades domésticas compartidas, en la ausencia de políticas y estrategias que garanticen la provisión de servicios de cuidado, en la doble jornada laboral que enfrentan mayoritariamente las mujeres –resultante de la suma del trabajo remunerado y el trabajo doméstico–, entre otras razones.

La cultura dominante está atravesada por construcciones de género que determinan la contratación, promoción y oportunidades brindadas a las mujeres. Cada vez son más escasas las reglas o prácticas abiertamente discriminatorias que limitan el acceso de las mujeres a ciertos trabajos y profesiones, sin embargo, subsisten formas de discriminación, aparentemente neutrales en términos de género, que son justificadas por las necesidades organizacionales de las instituciones y de las empresas, las características del trabajo y las convenciones sociales frente a cada tipo de actividad, pero que tienen un impacto diferenciado en hombres y mujeres. Este fue el caso de la política pública de cuidado de niñas y niños pequeños, a cargo fundamentalmente de mujeres de sectores populares, que puso en vigencia el actual Gobierno en el período de transición institucional.

Cabe recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución de 1998 había reprochado el “sistema de bonificación” que implementó el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Niño y la Familia (INNFA), aplicado a aquellas personas, fundamentalmente mujeres, que cumplían tareas de cuidado y educación de niñas y niños pequeños. La Corte manifestó que a nadie se le podía exigir servicios gratuitos, ni remunerados que no hubieran sido impuestos por la ley, salvo los casos de urgencia extraordinaria o de necesidad de inmediato auxilio. Fuera de esos casos nadie estaba obligado a trabajar sino mediante un contrato y

⁷³⁷ Rosario Aguirre, Ob. cit., pp. 167-173.

obteniendo la remuneración correspondiente.

Pero los derechos que fueron reconocidos por la jurisprudencia de la Ex Corte Suprema de Justicia a las mujeres que realizaban trabajos de cuidado en programas gubernamentales les fueron despojados por la política pública de desarrollo infantil implementada por el actual Gobierno, a través del Ministerio de Inclusión Económica y Social. En efecto, las mujeres que realizaban trabajos de cuidado de niños y niñas menores de 5 años en los denominados “Centros Infantiles del Buen Vivir” y “Creciendo con Nuestros Hijos” fueron excluidas arbitrariamente de la tutela constitucional y legal. De acuerdo con la política pública gubernamental que se implementó en la época de transición institucional las mujeres que tenían a su cargo la ejecución de los programas de cuidado de niñas y niños pequeños, al no ser consideradas como trabajadoras, debían percibir la “bonificación” que fue cuestionada en el período anterior. Lo paradójico es que esta política de evidente orientación neoliberal fue justificada con base en la disposición de la Constitución de Montecristi que “reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social” ubicada en la sección correspondiente a los principios de la participación, en el capítulo referente a la participación en democracia, dentro del título concerniente a la participación y organización del poder.

Se afirma⁷³⁸ que el modelo económico implementado por el Gobierno Nacional ha multiplicado las esferas de trabajo no reconocido y ha incrementado la carga global del trabajo de las mujeres. Se manifiesta que la división sexual del trabajo se ha

⁷³⁸ Alejandra Santillana, “A cinco años de la Revolución ciudadana: la gran deuda histórica es con las mujeres”, en *Tendencia. Revista de análisis político*, Quito, FES-ILDIS, 2012, p. 44; y, Margarita Aguinaga, Ob. cit., pp. 50-51. Estas autoras realizan un análisis de los efectos del modelo económico impulsado por la Revolución Ciudadana en el trabajo de las mujeres.

profundizado y que la situación de desigualdad de las mujeres se ha reforzado, dejando intocado el nudo central del patriarcado.

5.6. El rol del movimiento de mujeres en el escenario post-constitucional

La Constitución de Montecristi –desde el componente normativo– modifica la concepción tradicional del derecho, pues vincula la acción del Estado a la realización de los derechos humanos de las mujeres. Ciertamente, es desde la interpretación judicial, la implementación de la política pública y la acción social que deben ponerse en marcha mecanismos orientados a transformar la cultura patriarcal y androcéntrica que limita el pleno ejercicio de los derechos por parte de las mujeres –como elementos del componente estructural y del político-social del derecho–. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la presente investigación, no siempre las resoluciones de los operadores jurídicos ni las decisiones de las autoridades gubernamentales encargadas de ejecutar diversos planes y programas se han diseñado con este propósito. Por el contrario, varias organizaciones de mujeres a nivel local y nacional⁷³⁹ han denunciado los obstáculos que experimentan las mujeres cuando demandan del sistema judicial la protección de sus derechos, así como el sesgo conservador de la política pública ejecutada por el actual Gobierno, paradójicamente, promotor de la nueva Constitución.

Frente al desconocimiento del texto constitucional, algunas voces⁷⁴⁰ consideran que el movimiento de mujeres debe replantear la estrategia que prioriza la reforma legal. Una vez que la Constitución ha reconocido los derechos de las mujeres,

⁷³⁹ Como es el caso de la Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, Informe Sombra al Comité de la CEDAW. Ecuador 2014, Quito, 2014.

⁷⁴⁰ Tal es el caso de Juan Montaña Pinto, “A modo de conclusión”, en: *Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales – 2009*, Quito, Corporación Humanas Ecuador, Centro Regional de derechos humanos y Justicia de Género, 2010, pp. 92-95.

dotándolos de plenas garantías institucionales, políticas y jurisdiccionales, la cuestión se centra en conocer cuál es el mejor camino para hacerlos realmente efectivos en la práctica cotidiana. En este sentido, se plantea que, para que los derechos formalmente reconocidos se hagan verdaderamente efectivos, se requiere de un proceso de adaptación política y cultural. Es decir, se necesita promover cambios personales, transformaciones culturales y reformas en las estructuras estatales.

En cuanto a los cambios que se requieren promover en las estructuras del Estado, por ejemplo en el campo de la política pública, las organizaciones de mujeres podrían “activar” el poder judicial con el fin de que se llegue a determinar la vulneración de los derechos de las mujeres provenientes de las políticas públicas y se disponga la reparación de las violaciones a los derechos.⁷⁴¹ Se trata de demandar ante un juez o jueza al Ministerio encargado de ejecutar la política pública, a partir de lo cual el juez o jueza podría declarar la violación del derecho en cuestión y ordenar la reparación integral a las víctimas no identificadas pero identificables. Así, de manera innovadora y creativa, la jueza o juez podría disponer al Ministerio requerido que, en un plazo razonable y de posible cumplimiento, corrija las deficiencias de la política pública. Las dificultades a las que se enfrenta esta estrategia provienen, precisamente, del contexto político-institucional post-constitucional caracterizado por su orientación conservadora y evidentes restricciones a los procesos sociales de exigibilidad de derechos.

En el caso del componente político-cultural, se plantea⁷⁴² la necesidad de

⁷⁴¹ Consultar la propuesta de Ramiro Ávila Santamaría, “Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano”, en: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 556-557.

⁷⁴² Juan Montaña Pinto, Ob. cit., p. 95.

impulsar desde distintos espacios públicos y privados un amplio debate sobre las estrategias del proyecto político feminista, privilegiando la construcción y puesta en funcionamiento de las denominadas garantías sociales, es decir, de mecanismos de organización y control social para reclamar la eliminación de las estructuras patriarcales que operan en la realidad social y reivindicar la plena igualdad de las mujeres.

En esta línea se encuentran las experiencias desarrolladas por las organizaciones de mujeres para vigilar que las decisiones de los jueces y juezas contribuyan a acortar la distancia que actualmente existe entre lo que disponen las normas y la realidad social de discriminación, exclusión y violencia hacia las mujeres⁷⁴³; denunciar la publicidad sexista⁷⁴⁴ y transformar el rol que pueden llegar a desempeñar los medios de comunicación en la eliminación de patrones socioculturales discriminatorios; y, visibilizar –en los ámbitos nacional e internacional– las omisiones de la política pública estatal en la promoción de los derechos humanos de las mujeres.⁷⁴⁵ Este tipo de estrategias incorporan un claro contenido pedagógico, involucrando no solo la intervención de las organizaciones sociales sino la participación activa de la sociedad en su conjunto.

⁷⁴³ Corporación Humanas Ecuador: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, *Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009*, Quito, 2009. Corporación Humanas Ecuador: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios 2010-2011*, Quito, 2011. Lorena Frías y Gloria Maira (Corporación Humanas), coord., *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2001-2004*, s. l. p., 2005. Articulación Regional Feminista, *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2008*, s. l. p., 2008. Articulación Regional Feminista, *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2011*, s. l. p., 2011. Articulación Regional Feminista, *Análisis Regional de Sentencias Judiciales: consecuencias en los derechos de las mujeres. Argentina Bolivia Colombia Chile Ecuador Perú*, La Paz, 2011. Natalia Gherardi, *La justicia en construcción: derechos y género ante los tribunales y los medios de comunicación de América Latina*, Buenos Aires, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, 2011.

⁷⁴⁴ Ver los estudios realizados por el Observatorio Ciudadano de la Comunicación de Cuenca, consultando: <http://gammaecuador.org>.

⁷⁴⁵ Como es el caso del proceso promovido por la Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, contando con la participación directa de alrededor de 650 mujeres y 15 organizaciones a nivel nacional. Al respecto, ver el Informe Sombra al Comité de la CEDAW. Ecuador

2014, Quito, 2014.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Vargas, Gladys, *La mujer en los Códigos Penales de América Latina y El Caribe Hispano*, Quito, UNIFEM / UNICEF, 1996.
- Acosta Vargas, Gladys, “La reforma legislativa. Instrumento de la construcción democrática”, en: Guadalupe León, comp., *Ciudadanía y participación política, Memoria del Simposio El abordaje de Género en América Latina y su incidencia en los cambios socio-políticos*, Quito, Ediciones ABYA-YALA, 1998.
- Abarca Durán, Ximena, “Presentación”, en Consejo Nacional de las Mujeres, *Constitución de la República del Ecuador 2008. Derechos de las Mujeres*. Quito, 2008.
- Abarca Durán, Ximena, “Presentación”, en Consejo Nacional de las Mujeres, *Derechos de las Mujeres en la Nueva Constitución*, Quito, 2008.
- Agatón Santander, Isabel, *Justicia de género: un asunto necesario*, Bogotá, Editorial Temis S. A., 2013.
- Aguiar de Luque, Luis y Pérez Tremps, Pablo, *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Valencia, tirant lo Blanch, 2002.
- Aguinaga, Margarita, “2006-2012: Feminismos, patriarcado y perspectiva de la lucha de las mujeres en el Ecuador”, en *Tendencia. Revista de análisis político*, Quito, FES-ILDIS, 2012.

- Aguirre, Rosario, “El maternalismo en las políticas sociales”, en: Eugenia HOLA y Ana María Portugal, edit., *La ciudadanía a debate*, Santiago de Chile, Isis Internacional, 1997.
- Aguirre, Rosario, “Trabajo y género. Caminos por recorrer”, en Rosario Aguirre y Karina Batthyány, coord., *Trabajo, género y ciudadanía en los países del Cono Sur*, Montevideo, Cinterfor, 2001.
- Aguirre, Rosario, *Género, ciudadanía social y trabajo*, Montevideo, Universidad de La República, 2003.
- Almeida, Elisabet, “La Política penal/penitenciaria en relación con la mujer: un enfoque de Género”, en Rivera Beiras, coord., *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos Editorial, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, 2005.
- Álvarez Lata, Natalia, “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, en *Derecho LPrivado y Constitución*, N° 12, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Amaral, María Lucía, “Las mujeres en el Derecho constitucional: el caso portugués”, en Enrique Álvarez Conde, y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Amores Osorio, Silvia y Valladares Paz, Rosa, “Cómo perfilar el interés superior de niño para su aplicación en las resoluciones y sentencias judiciales de Ecuador”, en: *Revista de investigaciones jurídicas Illumanta*, Quito, Corte Nacional de

Justicia, enero de 2014.

Amorós, Celia, “Globalización y nuevas servidumbres de las mujeres”, en Celia Amorós y Ana de Miguel, eds., *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*. Madrid, Minerva Ediciones, 2005.

Andrade Ubidia, Santiago y otros, *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales, España, Universidad de Valencia, España, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2004;

Andrade, Santiago y otros, *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2009.

Antón Sánchez, John, “Afroecuatorianos: Reparaciones y acciones afirmativas”, en Caicedo Tapia, Danilo y Porras Velasco, Angélica, edit., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

Arrom Loscos, Rosa, “Los juzgados de violencia sobre la mujer. Algunos problemas prácticos”, en: Eduardo Ramón Rivas y otras, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, 2009.

Arroyo Vargas, Rosana, “El largo camino hacia la igualdad... un paradigma en construcción para las mujeres”, en: *Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales – 2009*, Quito,

Corporación Humanas Ecuador, Centro Regional de derechos humanos y Justicia de Género, 2010.

Añón, María José, *Igualdad, Diferencia y Desigualdades*, México, D. F., Editorial Fontamara, 2001.

Añón Roig, María José, “La contribución de los derechos sociales al vínculo social”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2002.

Arias Domínguez, Ángel, “La sentencia ‘Badeck’ en el proceso de consolidación de las medidas de acción positiva. Comentario a la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, Asunto C-158/97”, en *Noticias de la Unión Europea*, N° 195, Madrid, CISS, 2001.

Arnold, Rainer, “La posición constitucional de la mujer en Alemania”, en Enrique Álvarez Conde, y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Articulación Regional Feminista, *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2008*, s. l. p., 2008.

Articulación Regional Feminista, *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2011*, s. l. p., 2011.

Articulación Regional Feminista, *Análisis Regional de Sentencias Judiciales: consecuencias en los derechos de las mujeres. Argentina Bolivia Colombia Chile Ecuador Perú*, La Paz, 2011.

- Astelarra, Judith, “Alcance y limitaciones de las políticas de igualdad de oportunidades”, en Guadalupe León, comp., *Ciudadanía y participación política*, Quito, CEIME, 1998.
- Atienza, Manuel, “Un comentario al caso Kalanke”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho - Universidad de Alicante, 1996.
- Ávila Santamaría Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, ABYA YALA / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano”, en: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ayala Mora, Enrique, “Introducción: Algunas reflexiones sobre la Asamblea Constituyente de 1997-1998”, en Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, edits., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- Azkarate-Askasua Albeniz, Ana Carmen, *Mujer y Discriminación: Del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.
- Balaguer, María Luisa, *Mujer y Constitución. La Construcción Jurídica del Género*, Madrid, Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia/Instituto de la Mujer, 2005.

- Balaguer Callejón, María Luisa, “Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español. Situaciones comparadas”, en Enrique Álvarez Conde, y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Ballestrero, María Vittoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho - Universidad de Alicante, 1996.
- Bastida Freijedo, Francisco J. y otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial tecnos, 2004.
- Benavente, Ma. Ángeles Catalina, “La denuncia en los casos de violencia de género”, en: Raquel Castillejo Manzanares, dir., y Ma. Ángeles Catalina Benavente, coord., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Madrid, La Ley, 2011.
- Bermúdez Valdivia, Violeta, “Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en: *Sobre Género, Derecho y Discriminación*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Defensoría del Pueblo, 1999.
- Bernales Ballesteros, Enrique, “Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres”, en: *Derechos Humanos de las Mujeres. Aportes y Reflexiones*, Lima, Movimiento Manuela Ramos, UNIFEM, 1998.
- Barreiro, Line, “Sueños y luchas por leyes igualitarias”, en: Martha Moscoso, comp., *Palabras del silencio. Las mujeres latinoamericanas y su historia*, Quito, ABYA YALA, UNICEF, Embajada Real de los Países Bajos, 1995.

- Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1997.
- Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, “De la acción positiva a la discriminación positiva en el proceso legislativo español”, en *Jueces por la democracia*, N°51, Madrid, 2004.
- Batres Méndez, Gioconda, “Evaluación del abuso sexual infantil: un instrumento para administrar justicia a las víctimas y una respuesta al backlash”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 7 Temas de Victimología General*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2009.
- Bergallo, Paola y Gherardi, Natalia, “Trabajo”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.
- Biglino Campos, Paloma, “Las mujeres en los partidos políticos. Representación, igualdad y cuotas internas”, en Enrique Álvarez Conde, y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Birgin, Haydé, “Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente a particularismo”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000.
- Blanes Soliva, Mari Fe, “Mujeres y política: Las cuotas electorales”, en *Àgora Revista de Ciències Socials*, N° 4, Valencia, Centre d’Estudis Polítics i Socials, 2000.

- Bock, Gisela y Thane, Pat, (eds.), *Maternidad y políticas de género. La mujer en los Estados de bienestar europeos, 1880-1950*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1996.
- Borja, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, t. I, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, 3a. ed.
- Borja, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, t. II, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, 3a. ed.
- Bovino, Alberto, “Delitos sexuales y justicia penal”, en Haydeé Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000.
- Bresser Pereira, Luiz Carlos, “Ciudadanía y república. La emergencia de los derechos republicanos”, en: *Revista Nueva Sociedad*, N° 159, Caracas, Fundación Friedrich Ebert, 1999.
- Buompadre, Jorge Eduardo, *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2013.
- Cabal, Luisa y Motta, Cristina, comps., *Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Center for Reproductive Rights / Universidad de los Andes, 2006.
- Cabeza Pereiro, Jaime y Lousada Arochena, José Fernando, “Discriminación por embarazo en el acceso a un trabajo temporal”, en *Revista de Derecho Social*, N° 16, Albacete, Editorial Bomarzo, 2001.
- Camacho, Gloria y otras, *Las comisarías de la mujer ¿Un camino hacia la justicia?*,

Quito, CEPLAES, 2009

Campos Cristóbal, Raquel, “La habitualidad en el delito de violencias habituales en el ámbito familiar”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° XXIV, Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, 2004.

Camps, Victoria, *Ética y política*, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996.

Cano, Gabriela, “La ciudadanía de las mujeres: Disyuntivas entre la igualdad y la diferencia sexual (México, 1917-1953)”, en: Martha Moscoso, comp., *Palabras del silencio. Las mujeres latinoamericanas y su historia*, Quito, ABYA YALA, UNICEF, Embajada Real de los Países Bajos, 1995.

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

Cantos Molina, Alejandra, “El tratamiento de los problemas de género en la reforma constitucional”, en Galo Chiriboga Zambrano y Rafael Quintero López, edits, *Alcances y limitaciones de la reforma política en el Ecuador 1998*, Quito, Asociación Americana de Juristas / Escuela de Sociología y Ciencias Políticas de la Universidad Central / Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. ILDIS / Proyecto Latinoamericano para Medios de Comunicación, 1998.

- Cañete, María Fernanda, “Participación política y ciudadanía”, en Mercedes Prieto, edit., *Mujeres ecuatorianas. Entre las crisis y las oportunidades 1990-2204*, Quito, CONAMU – FLACSO – UNIFEM – UNFPA, 2005.
- Carrasco Molina, Jennie, “Una mirada histórica a la vida de las mujeres 1922-1960”, en Martha Moscoso Carvallo y otras, *Historia de mujeres e historia de género en el Ecuador. Una mirada al aporte de las mujeres en la historia del Ecuador en la ruta del bicentenario*, Quito, CONAMU, 2009.
- Carreras, Mercedes, *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, Alcalá de Henares, Excmo. Ayuntamiento de Alcalá de Henares/Centro Asesor de la Mujer, 1995.
- Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en: Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, edits., *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010.
- Clark, Kim, “Género, raza y nación: La protección a la infancia en el Ecuador, 1910-1945”, en Martha Moscoso, comp., *Palabras del silencio. Las mujeres latinoamericanas y su historia*, Quito, ABYA YALA, UNICEF, Embajada Real de los Países Bajos, 1995.
- Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, *Informe Sombra al Comité de la CEDAW Ecuador 2014*, Quito, 2014.

- Cobo, Rosa, “Globalización y nuevas servidumbres de las mujeres”, en Celia Amorós y Ana de Miguel, eds., *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2005.
- Consejo Nacional de las Mujeres, *Agenda de las Mujeres para la Nueva Constitución Ecuatoriana*, Quito, 2008.
- Consejo Nacional de las Mujeres, *Derechos de las Mujeres en la Nueva Constitución*, Quito, 2008.
- Contreras Taibo, Lorena y Ramírez Lema, Alejandra, “Niños, niñas y adolescentes víctimas del femicidio de sus madres”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 9. Violencia en Niños y Adolescentes*, Córdova, Encuentro Grupo Editor, 2010.
- Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas, Foro Permanente de la Mujer Ecuatoriana, Consejo Nacional de las Mujeres, *Nosotras en la Constitución. Propuestas de las Mujeres a la Asamblea Nacional Constituyente*. Ecuador, 1998.
- Corporación Humanas Ecuador: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, *Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009*, Quito, 2009.
- Corporación Humanas Ecuador: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios 2010-2011*, Quito, 2011.
- Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho*.

Período enero 2012 – diciembre de 2012, Quito, 2012.

Corte Nacional de Justicia, *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho*.

Período enero 2013 – diciembre de 2013, Quito, 2013, 3ª. Ed.

Costa, Patricia M. y Harari, Sofía, “Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000.

Davis-Yuval, Nira, *Género y Nación*, flora tristán, Lima, 2004.

Davis, Nanette J. y Faith, Karlene, “Las mujeres y el estado: modelos de control social en transformación”, en Elena Larrauri, comp., *Mujeres, derecho y criminología*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, S. A., 1994.

De Lucas, Javier, “Introducción”, en María José Añon Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2002.

Del Campo, Esther y Magdaleno, Evelyn, “Avances legislativos de acción positiva en Bolivia, Ecuador y Perú”, en Mercedes Prieto, edit., *Mujeres y escenarios ciudadanos*, Quito, FLACSO, Sede Ecuador / Ministerio de Cultura del Ecuador, 2008.

Dietz, Mary G., “Cómo encarar la ciudadanía”, en *Perspectivas*, N°2, Santiago, Isis Internacional, 1996.

Durán, María Ángeles, “Las mujeres en la vida política”, en *Àgora Revista de Ciencias Sociales*, N° 4, Valencia, Centre d'Estudis Polítics i Socials, 2000.

- Durán, María Ángeles, *Los derechos constitucionales de las amas de casa y los trabajadores autónomos*, en Enrique Álvarez Conde, y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Dussich, John P., “La importancia de la Vulnerabilidad para la Victimología”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 12 Vulnerabilidad de las Víctimas*, Córdova, Encuentro Grupo Editor, 2012.
- Dután, Gladys y otras, “Las organizaciones de mujeres ecuatorianas: su visión acerca de la participación política de la mujer y la aplicación de la cuota”, en Cañete, María Fernanda y otras, comp., *Reflexiones sobre Mujer y Política. Memorias del Seminario Nacional Los cambios políticos en Ecuador: perspectivas y retos para la mujer*, Quito, CEDIME, 2003.
- Eichler, Margrit, “Cambios familiares: familias políticas e igualdad de género”, en: Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.
- Elósegui Itaxo, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, Universidad de Zaragoza – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Entrena Vázquez, Luz, “Constitución y acciones positivas. El sistema de cuotas de participación política para mujeres en Ecuador”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, E.V., 2005.

- Etxeberría Guridi, José Francisco, “La prueba en el proceso de violencia de género”, en: Raquel Castillejo Manzanares, dir., y Ma. Ángeles Catalina Benavente, coord., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Madrid, La Ley, 2011.
- Fabregat Monfort, Gemma, “¿Obligación de comunicar el embarazo? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de Febrero del 2003. C-320/2001. Busch contra Klinikum Neustadt GMBH –Co. Betriebs–KG”, en *Revista de Derecho Social*, N° 24, Albacete, Editorial Bomarzo, 2003.
- Facio, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.
- Facio, Alda, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.
- Facio, Alda, “La Carta Magna de todas las mujeres”, en: Ávila Santamaría, Ramiro, *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Facio, Alda y Frías, Lorena, “Feminismo, Género y Patriarcado”, en: Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.
- Fariñas Dulce, María José, “Ciudadanía ‘universal’ versus ciudadanía ‘fragmentada’”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2002.
- Favoreu, Louis, “Principio de igualdad y representación política de las mujeres. Cuotas,

paridad y Constitución”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 50, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Fernández Rodríguez, M^a Dolores, “Condición femenina y represión”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° XVI, Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1993.

Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación, “Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 11, Madrid, Nueva Época-Ministerio de Justicia del Interior, 1994.

Ferreres Comelia, Víctor, “El principio de igualdad y el ‘derecho a no casarse’”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 42, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

Ferreres Comelia, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Flores Giménez, Fernando, coord., *Género y Derecho Constitucional*, Quito, 2003.

Fraser, Nancy, “Contrato *versus* caridad. Una consideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social”, en: *Con/textos*, N°2, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

Fraser, Nancy, “La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en *Con/textos*, N°4, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

Freixes Sanjuán, Teresa, “Introducción”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Freixes Sanjuán, Teresa, “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europeo”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Frías, Lorena y Matus, Verónica, “Supuestos ideológicos, mecanismos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.

Frías, Lorena, “Sexualidad y reproducción, una legislación para el control: el caso Chileno”, en: Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.

Lorena Frías y Gloria Maira (Corporación Humanas), coord., *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2001-2004*, s. l. p., 2005.

García Añón, José, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, tirant lo blanch, 2002.

García Añón, José, “Representación política de las mujeres y cuotas”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, N° 11, 2002.

García Añón, José, “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de

acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes con relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, en I. Campoy, edit., *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004.

García Añón, José, “Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa. Los problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo”, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, edit., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1983, 3a. ed.

García Suárez, Alba Lucía, *Lineamientos de política pública sobre violencia de género*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Garibaldi Jallet, Annita, “Las mujeres en la Constitución Italiana”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Garriga Domínguez, Ana, “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 10, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 2001.

- Gavidia Sánchez, Julio V., “La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 12, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Gaviria Díaz, Carlos, *Sentencias, Herejías Constitucionales*, Méjico, EFE, 2002.
- Gherardi Natalia, *La justicia en construcción: derechos y género ante los tribunales y los medios de comunicación de América Latina*, Buenos Aires, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, 2011.
- Gil Domínguez, Andrés y Fama, María Victoria, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Editar, 2006.
- Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, tirant lo blanch, 1999.
- Goetschel, Ana María y otras, *De Memorias. Imágenes públicas de las mujeres ecuatorianas de comienzos y fines del siglo veinte*, Quito, FONSAL, FLACSO, Sede Ecuador, 2007.
- Gómez, María Mercedes, “Violencia por prejuicio”, en: Cristina Motta y Macarena Sáenz, edits., *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.
- Gómez-Ferrer Morant, Guadalupe, *Hombres y mujeres: el difícil camino hacia la igualdad*, Madrid, Editorial Complutense, 2002.

- Guzmán, Laura y Pachecho, Gilda, “IV Conferencia Mundial sobre la Mujer: Interrogantes, nudos y desafíos sobre el adelanto de las mujeres en un contexto de cambio”, en Guzmán Stein, Laura y Pacheco Oreamuno, Gilda, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. IV, San José, 1996.
- Harari, Sofía y Pastorino, Gabriela L., “Acerca del género y el derecho”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000.
- Haro Rodríguez, Fabiola y Ercoli Altamirano, Oriana, “Prácticas en el Proceso Judicial y Victimización Secundaria. Casos de Abuso Sexual Infantil. Novena Región de la Araucanía”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 7 Temas de Victimología General*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2009.
- Herrera, Gioconda, “Género y Estado en el Ecuador: entre la ciudadanía y el discurso civilizatorio, en: *Encuentro de Historia y Realidad Económica y Social de Ecuador y América Latina. Seminario Poder, Políticas y Movimientos Sociales*, t. II, Cuenca, Instituto de Investigaciones de la Universidad de Cuenca, 2003.
- Iglesias, Carmen, “Presentación”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Jaramillo, Isabel Cristina, “Familia”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.

- Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Las acciones positivas”, en *Jueces para la Democracia*, N° 41, Madrid, 2001.
- Kohen, Beatriz, “El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000.
- Lagarde y de los Ríos, Marcela, “Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, en: Margaret Bullen y Carmen Diez Mintegui, coords., *Retos Teóricos y Nuevas Prácticas*, Donostia, Ankulegi Antropologia Elkarte, 2008.
- Larrandart, Lucila, “Control social, derecho penal y género”, en Haydeé Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000.
- Larrauri, Elena, “Control informal: Las penas de las mujeres”, en Elena Larrauri, comp., *Mujeres, derecho y criminología*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, S. A., 1994.
- Larrauri, Elena, “Control formal:... Y el Derecho penal de las mujeres”, en Elena Larrauri, comp., *Mujeres, derecho y criminología*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, S. A., 1994.
- Larrauri, Elena, “Una crítica feminista al Derecho penal”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996.
- Larrauri, Elena, “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Ciencias*

Penales, N° 22, San José, 2004.

Laurenzo Copello, Patricia, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la democracia*, N°34, Madrid, 1999.

Lázaro Riol, Àngel, “Igualdad de sexos y representación política. Propuestas legislativas y reticencias jurisprudenciales”, en *Àgora Revista de Ciencias Sociales*, N° 4, Valencia, Centre d’ Estudis Polítics i Socials, 2000.

Lemaitre Ripoll, Julieta, “Alcance de la reforma legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia”, en Luisa Cabal y Cristina Motta, comps., *Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Center for Reproductive Rights / Universidad de los Andes, 2006.

Lemaitre, Julieta, “Violencia”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.

Letaif, Gabriel Alberto, “La función pericial psicológica ante el testimonio de la víctima en el sistema penal acusatorio”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 7 Temas de Victimología General*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2009.

Loli, Silvia, “Cuotas de participación política”, en María Fernanda Cañete, comp., *Reflexiones sobre Mujer y Política. Memorias del Seminario Nacional: Los cambios políticos en Ecuador: perspectivas y retos para la mujer*, Quito, CEDIME, 2004.

- López Guerra, Luis, *Las Sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- López Guerra, Luis, “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.
- Lucas Verdú, P., “Estado de derecho”, en: D. Basterra y otros, *Prontuario de Ciencia Política y Derecho Constitucional*, Granada, Editorial COMARES, 1996.
- MacKinnon, Catherine A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia/Instituto de la Mujer, 1995.
- Mantilla Falcón, Julissa, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: La Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para)”, en *Sobre Género, Derecho y Discriminación*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Defensoría del Pueblo, 1999.
- Marchiori, Hilda, “Los procesos de victimización en el homicidio dentro del grupo familiar”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 2. Estudios sobre Victimización*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2006
- Marrades Puig, Ana I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Valencia, Universitat de Valencia, 2002.

- Marshall, Tomas Humphrey, “Ciudadanía y clase social”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 79, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1997.
- Martín Vida, María Ángeles, “Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia ‘Marschall’”, *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 53, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Martín Vida, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003.
- Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 68, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Martínez López-Muñoz, José Luis, “La familia en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 58, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- Matus, Verónica, “Lo privado y lo público, una dicotomía fatal”, en Alda Facio y Lorena Frías., edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.
- Mestre, Ruth, “Neus Campillo: El feminisme com a crítica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Valencia, Nueva Época/Ministerio de Justicia/Ministerio de la Presidencia, 1998.

Mestre, Ruth, “Respuesta a Neus Campillo”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Valencia, Nueva Época/Ministerio de Justicia/Ministerio de la Presidencia, 1998.

Mestre i Mestre, Ruth, “Vínculo social y trabajo hoy. La exclusión de las mujeres inmigrantes”, en María José Añón Roig y otros, *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, tirant lo blanch, Valencia, 2002.

Millán Moro, Lucía, “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: Igualdad formal *versus* igualdad sustancial (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, *Kalanke* y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, *Marschall*), en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N°3, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Ministerio de Inclusión Económica y Social – Instituto de la Niñez y la Familia, *Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral*, Quito, 2011.

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, *Proyecto de Ley de Código Orgánico Integral Penal*, Quito, 2011.

Molyneux, Maxine, “Justicia de Género, Ciudadanía y Diferencia en América Latina”, en Stefanie Kron y Karoline Noak, eds., *¿Qué género tiene el derecho? Ciudadanía, historia y globalización*, Berlin, edition tranvía / Verlag Walter Frey, 2008.

Moller Okin, Susan, “Liberalismo Político, Justicia y Género”, en Carme Castells,

comp., *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1996.

Montaña Pinto, Juan, “A modo de conclusión”, en: *Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales – 2009*, Quito, Corporación Humanas Ecuador, Centro Regional de derechos humanos y Justicia de Género, 2010.

Moreano, Alejandro y otros, *La Nueva Constitución. Escenarios, actores, derechos*, Quito, Ciudad, 1998.

Motta, Cristina, “Ciudadanía”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, edit., *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombres Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.

Motta, Cristina y otras, *Observatorio legal de la mujer. El legado de la Constitución*, Bogotá, Centro de Investigaciones Sociojurídicas CIJUS, 1998.

Muñoz Conde, Francisco, “La mujer víctima del delito sexual”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996.

Mouffe, Chantal, “Feminismo, Ciudadanía y Política Democrática Radical”, en *Revista Foro*, N° 33, Bogotá, Ediciones Foro Nacional por Colombia, diciembre 1997 – enero 1998.

Nadal Gómez, Irene, “La administración autonómica y la acusación popular en los delitos de violencia de género”, en: Eduardo Ramón Rivas y otras, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, 2009.

- Obando, Ana Elena, “Las interpretaciones del derecho”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.
- Ollero, Andrés, “Valores, principios, normas, dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21-II, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, 1998.
- Olsen, Frances, “El sexo del derecho”, en Alicia Ruiz, comp., *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000.
- Ordóñez Solís, David, *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Instituto de la Mujer-Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Otano, Graciela Edit, “La mujer y el derecho penal. Una mirada de género”, en Haydeé Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000.
- Otero García-Castrillón, Carmen, “Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la política social comunitaria”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N°12, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Padilla Varela, Laura, “Delitos contra la libertad sexual”, en M^a José Varela Portela, coord., *Mujer y Justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2002.

- Pagelow, Mildred, “Mujeres golpeadas y Homicidio”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 8. Violencia Familiar-Conyugal*, Córdova, Encuentro Grupo Editor, 2010.
- Palán, Zonia, “Nosotras en la Constitución”, en Alejandro Moreano y otros, *La Nueva Constitución. Escenarios, actores, derechos*, Quito, Ciudad, 1998.
- Pateman, Carole, “Críticas Feministas a la Dicotomía Público/Privado”, en Carme Castells, comp., *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1996.
- Pautassi, Laura, “Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades: ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina”, en Gioconda Herrera, coord., *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, FLACSO, Sede Ecuador / Ágora, 2000.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Ciudadanía y Definiciones”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 25, Alicante, Universidad de Alicante, 2002.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial tecnos, 2003, 8a. ed.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial tecnos, 2004, 8a. ed.
- Pérez del Río, Teresa, “La discriminación positiva”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996.
- Pérez Tremps, Pablo, “Constitución y derechos de la mujer”, en *Derechos Humanos de*

- las Mujeres. Aportes y Reflexiones*, N° 6, Lima, Movimiento Manuela Ramos, 1998.
- Phillips, Anne, “¿Deben las Feministas Abandonar la Democracia Liberal?”, en Carme Castells, comp., *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1996.
- Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Plana Arnaldos, Ma. Carmen, “Libertad ideológica y libre opción entre matrimonio y convivencia de hecho (Comentario a la STC 180/2011, de 17 de septiembre de 2001)”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 15, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Pontual, Pedro, “Construyendo una pedagogía democrática del poder”, en *Antología: Participación ciudadana*, México, Centro de Servicios Municipales “Heriberto Jara” – Fundación Friedrich Ebert, 1996.
- Prieto, Mercedes y Goetschel, Ana María, “El sufragio femenino en Ecuador (1884-1940)”, en: Kron, Stefanie y Noak, Karoline, eds., *¿Qué género tiene el derecho? Ciudadanía, historia y globalización*, Berlin, edition tranvía / Verlag Walter Frey, 2008.
- Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación Jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1993.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

- Quezada, Alexandra, “Del derecho al voto a la presencia de las mujeres en la vida política nacional”, en Raquel Rodas Morales, edit., *Historia del voto femenino en el Ecuador*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2009.
- Ramón Ribas, Eduardo, “Los delitos de violencia de género: objeto de protección”, en: Eduardo Ramón Rivas y otras, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, 2009.
- Ramos Ríos, Miguel Ángel, *Violencia familiar. Protección de la víctima frente a las agresiones intrafamiliares*, Lima, 2013, 2a. Ed.
- República de Colombia-Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, *Observatorio de asuntos de género. La Corte Constitucional frente a los derechos de la mujer. Una mirada de género a un conjunto de sentencias*, Bogotá, 2006.
- Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- Rey Martínez, Fernando, “La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 47, Madrid, 1996.
- Rey Martínez, Fernando, “Cuotas Electorales Reservadas a Mujeres y Constitución”, en *AequAlitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, N°1, Zaragoza, 1999.
- Rey Martínez, Fernando, “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a

las mujeres en las relaciones de trabajo”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Ridaura Martínez, M^a Josefa, “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en M^a Josefa Ridaura Martínez y Mariano J. Aznar Gómez, *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, tirant lo blanch, 2004.

Rioseco Ortega, Luz, “Culminación de la violencia doméstica: Mujeres que asesinan a sus parejas – defensas penales posibles”, en: Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.

Rodas Morales, Raquel, edit., *Historia del voto femenino en el Ecuador*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2009.

Rodas Morales, Raquel, “De los inicios de la República a la Revolución Juliana”, en Raquel Rodas Morales, edit., *Historia del voto femenino en el Ecuador*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2009.

Rodríguez Sanz de Galdeano, Beatriz, “Igualdad de trato en el acceso al empleo y protección de la maternidad. Comentario a la Sentencia C-207/98 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de febrero de 2000”, en *Revista de Derecho Social*, N^o 11, Albacete, Editorial Bomarzo, 2000.

Rodríguez, Marcela V., “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Caicedo Tapia, Danilo y Porras Velasco, Angélica, edit., *Igualdad y no discriminación. El reto*

de la diversidad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

Rosenfeld, Michel, “Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Rosero Garcés, Rocío, Vela, María Pilar y Reyes Ávila, Ariadna, *De las demandas a los derechos. Las mujeres en la Constitución de 1998*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2000.

Rosero Garcés, Rocío, “Las mujeres ecuatorianas, la constituyente y la constitución”, en *La tendencia –revista de análisis político–*, N° 5, Quito, ILDIS - Instituto Manuel Córdova - Tramasocial, 2007.

Rousseau, Dominique, “Los derechos de la mujer y la Constitución francesa”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Rubio Llorente, Francisco y otros, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1995.

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

Ruiz, Alicia, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000.

- Ruiz Miguel, Alfonso, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, 1996.
- Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, 1996.
- Ruiz Miguel, Alfonso, “Paridad Electoral y Cuotas Femeninas”, en *AequAlitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, N°1, Zaragoza, 1999.
- Russell, D. E. H. y Harmes, R., *Femicide in Global Perspective*, Nueva York, Teachers College Press, 2001, en: Isabel Agatón Santander, *Justicia de género: un asunto necesario*, Bogotá, Editorial Temis S. A., 2013.
- Saldaña Valderas, Eva, “Discriminación retributiva fundada en el género y comparación del trabajo realizado para empresarios diferentes: Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-320/00 A.G. Lawrence y otros C. Regent Office Care Ltd., Commercial Catering Group y Mitie Service Ltd.)”, en *Revista de Derecho Social*, N° 22, Albacete, Editorial Bomarzo, 2003.
- Salgado, Judith, “Derechos Humanos y Género en el marco constitucional ecuatoriano”, en Fernando Flores Giménez, *Género y Derecho Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003.
- Salgado, Judith, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Quito,

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Ediciones Abya-Yala /
Corporación Editora Nacional, 2008.

Salgado Álvarez, Judith, *Manual de Formación en Género y Derechos Humanos*, Quito,
Corporación Editora Nacional, 2013.

Salgado, Rocío, “La Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y la
administración de justicia”, en Gioconda Herrera, coord., *Las fisuras del
patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, FLACSO, Sede
Ecuador / Ágora, 2000.

Salgado Carpio, Rocío, “Movimiento de mujeres, agente de cambio y contradicciones”,
en: *Encuentro de Historia y Realidad Económica y Social de Ecuador y América
Latina. Seminario Poder, Políticas y Movimientos Sociales*, t. II, Cuenca,
Instituto de Investigaciones de la Universidad de Cuenca, 2003.

Salinas Beristán, Laura, *Derecho, género e infancia. Mujeres, niños, niñas y
adolescentes en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano*,
Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / Universidad Autónoma
Metropolitana / UNICEF / UNIFEM, 2002.

Salinas Chaud, María Isabel, “Algunas consideraciones sobre la retractación en víctimas
de violencia intrafamiliar: ¿Cómo abordar la reparación”, en: Hilda Marchiori,
dir., *Victimología 8 Violencia familiar – conyugal*, Córdova, Encuentro Grupo
Editor, 2010.

Sánchez Martínez, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la
pluralidad de estructuras familiares”, en *Revista Española de Derecho*

Constitucional, N° 58, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

Santillana, Alejandra, “A cinco años de la Revolución ciudadana: la gran deuda histórica es con las mujeres”, en *Tendencia. Revista de análisis político*, Quito, FES-ILDIS, 2012.

Seda, Edson, “La protección integral. Un relato sobre el cumplimiento del nuevo derecho del niño y del adolescente en América Latina”, Campiñas, Edición Adés, 1995.

Sevilla Merino, Julia, *Mujeres y ciudadanía: La democracia paritaria*, Valencia, Institut Universitari d’ Estudis de la Dona – Universitat de València, 2004.

Simon C., Farith, “Las mujeres en la Constitución de agosto de 1998: del reconocimiento formal de la igualdad al fomento de la equidad”, en Rocío Rosero Garcés, María Pilar Vela, Ariadna Reyes Ávila, *De las demandas a los derechos. Las mujeres en la Constitución de 1998*, Quito, Consejo Nacional de las Mujeres, 2000.

Simon Campaña, Farith, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, t. I, Quito, Cevallos editora jurídica, 2008.

Simon Campaña, Farith, *Interés Superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva*, Quito, Ediciones Iuris Dictio, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, 2014.

Smart, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Haydeé Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Centro de Apoyo

al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000.

Smith, Ma. Marcia y Durand, Víctor Manuel, “Actores y movimientos sociales urbanos y acceso a la ciudadanía”, en *Revista Ciudades*, N° 25, México, 1995.

Solé Riera, Jaume y Larrauri Pijoan, Elena, “Violencia doméstica y situación de la víctima”, en *justicia 99*, N°1, Barcelona, Jose María Bosch Editor, 1999.

Stang Dahl, Tove, *Derecho de la Mujer. Una introducción a la Jurisprudencia Feminista*, Madrid, Vindicación Feminista Publicaciones, 1987.

Storini, Claudia “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, Caracas, 2001.

Storini, Claudia, *La interpretación Constitucional y el Estado de las Autonomías*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002.

Storini, Caludia, “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, en *Foro: Revista de Derecho*, N°7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2007.

Storini, Claudia, “El alcance jurídico de la teoría de la interpretación como limite a la labor del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6, Caracas, Editorial Sherwood, 2002.

Storini, Claudia, “Legitimidad del juez constitucional y teoría de la interpretación”, en *Actas del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Arequipa, Colegio de Abogados de Arequipa y LPG, 2005.

Storini, Claudia, “Justicia constitucional e interpretación de la Constitución”, en *Revista*

Boliviana de Derecho, N°1, 2006.

Storini, Claudia, “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, en *Foro. Revista de Derecho*, N° 9, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2008.

Storini, Claudia, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA”, en *Civitas Europa*, N° 2, 2008.

Storini, Claudia y Navas Alvear, Marco, *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.

Suárez Llanos, Ma. Leonor, *Teoría Feminista, Política y Derecho*, Madrid, Dykinson, 2002.

Suay Hernández, Cecilia, “Las mujeres, la Constitución y las normas penales”, en Enrique Álvarez Conde, y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Tamayo León, Giulia, “Discriminación contra la Mujer y estándares internacionales de derechos humanos”, en *Sobre Género, Derecho y Discriminación*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Defensoría del Pueblo, 1999.

Tarditti, Aida, “Delitos Sexuales –tensiones entre las Garantías del Imputado y Derechos Fundamentales de las Víctimas–”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 6 Temas de Victimología General*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2009.

- Torres del Moral, Antonio, “¿Qué Igualdad?”, en *Revista de Derecho Político*, N° 44, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998.
- Trujillo, María Antonia, “La paridad política”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Valeije, Inma, “La víctima en los delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° XXII, Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, 2000.
- Valladares Tayupanta, Lola, *Entre Discursos e Imaginarios: Los Derechos de las Mujeres Ecuatorianas en el Debate de la Asamblea Nacional*, Quito, FLACSO, Sede Ecuador, 2003.
- Valladares Tayupanta, Lola, “Los derechos de las mujeres en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998”, en *FORO revista de derecho*, N° 2, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2004.
- Valpuesta Fernández, María del Rosario, “La Mujer y el Derecho Civil. Aplicación del principio de igualdad”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996.
- Varela Portela, M^a José, coord., *Mujer y justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, Madrid, Cedecs Textos Abiertos, 2002.
- Vargas, Virginia, “Procesos de formación de las ciudadanías globales en el marco de

sociedades civiles globales. Pistas de análisis”, en: *Los nuevos derroteros de los feminismos latinoamericanos en la década de los 90*, Lima, Ediciones Flora Tristán, 2000.

Vargas Valente, Virginia, “Ciudadanías globales y sociedades civiles. Pistas para el análisis”, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 163, Caracas, Fundación Friedrich Ebert, 1990.

Vásconez R., Alison, “Mujeres, trabajo y pobreza”, en Mercedes Prieto, edit., *Mujeres ecuatorianas. Entre las crisis y las oportunidades 1990-2004*, Quito, CONAMU – FLACSO – UNIFEM – UNFPA, 2005.

Vega, Silvia, “La ciudadanía ‘incompleta’ de los movimientos de mujeres”, en *Mujer, participación y desarrollo*, Quito, Corporación de Estudios para el Desarrollo-CORDES, 2000.

Vega, Silvia, “La cuota electoral de las mujeres. Elementos para un balance”, en María Fernanda Cañete, comp., *Reflexiones sobre Mujer y Política. Memorias del Seminario Nacional: Los cambios políticos en Ecuador: perspectivas y retos para la mujer*, Quito, CEDIME, 2004.

Vega Ugalde, Silvia, “La cuota electoral en Ecuador: Nadando a contracorriente en un horizonte esperanzador”, en Magdalena León, edit., *Nadando contra la corriente. Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, Quito, UNIFEM / UNFPA / Universidad Nacional / IEP / CIDEM / FLACSO Ecuador, 2005.

Vega Ugalde, Silvia, “Movimiento de mujeres. ¿Cuál es el ‘Nuevo Momento’?”, en: *Tendencia. Revista ideológico política*, N° 1, Quito, Editorial Tramasocial,

2004.

Vela Sánchez, Antonio José, “De la discriminación civil de la mujer, ¿a la de la pareja de hecho?”, en *Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1996.

Ventura Franch, Asunción, *Las Mujeres y la Constitución Española de 1978*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto de la Mujer, Madrid, 2000.

Ventura Franch, Asunción, “Las Mujeres, la Constitución y el Derecho de Familia”, en Enrique Álvarez Conde y otros, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Gayne Villagómez Weir, “La violencia sexual contra la niñez y adolescencia desde una perspectiva de género”, en: Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, edits., *Derechos y garantías de las niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010.

Villagómez W., Gayne, “Los derechos de las mujeres, ayer y hoy”, en: *La tendencia. Revista de análisis político: Movilización social, mujeres, gobierno*. N° 13, Quito, FES - ILDIS, 2012.

Villanueva Flores, Rocío, “Análisis del Derecho y perspectiva de género”, en *Sobre Género, Derecho y Discriminación*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú / Defensoría del Pueblo, 1999.

Villanueva Flores, Rocío, “Género y Justicia Constitucional en América Latina”, en

- Fernando Flores Giménez, *Género y Derecho Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003.
- Villanueva Monge, Zarela, “Una Mirada de las Sentencias del Tribunal Constitucional de Bolivia desde la Perspectiva de Género”, en *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre, Tribunal Constitucional, 2003.
- Villar Laiz, Violeta y otras, “Ámbito Civil”, en M^a José Varela Portela, coord., *Mujer y Justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2002.
- Vivas Larruy, Ángeles y otros, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- Walker, Lenore E. A., “Cuando la mujer golpeada se convierte en acusada”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 8. Violencia familiar-conyugal*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2010.
- West, Robin, *Género y teoría del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes/Instituto Pensar, 2000.
- Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999.
- Woodward, Alison, “El estado y la ciudadanía - ¿Quién constituye el estado? - ¿Qué lugar ocupa la mujer?”, en: Paloma de Villota, edit., *Las mujeres y la ciudadanía en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Editora Complutense, S. A., 1998.

Young, Iris Marion, “Vida Política y Diferencia de Grupo: Una Crítica del Ideal de Ciudadanía Universal, en Carme Castells, comp., *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1996.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydeé Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Centro de Apoyo al Desarrollo Local, CEADEL / Editorial Biblos, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, 2a. ed.