

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación de Estudios y Publicaciones

Identidades femeninas en el derecho ecuatoriano

Catalina Mendoza Eskola





Derecho y Sociedad

5

Catalina Mendoza Eskola

IDENTIDADES FEMENINAS EN EL DERECHO ECUATORIANO



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



Quito, 2019



Derecho y Sociedad

Claudia Storini, *editora general*

Identidades femeninas en el derecho ecuatoriano

Catalina Mendoza Eskola

Primera edición:

ISBN Corporación de Estudios y Publicaciones: 978-9942-10-466-3

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-926-8

Derechos de autor: 056077

Depósito legal: 006040

Impreso en Ecuador, marzo de 2019

Coordinación editorial: *Jefatura de Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Diseño y revisión de texto: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

Diseño de portada y logotipo de la serie: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

© Corporación de Estudios y Publicaciones

Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama

Apartado postal: 1721000186 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256

www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ec

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original de texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

El texto original de este ensayo fue realizado para la obtención del título de Doctora en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Índice

Dedicatoria	I
Abreviaturas	III
Prólogo	VII
Introducción	1

Capítulo 1

GÉNERO, CIUDADANÍA Y DERECHO: LOS APORTES DE LA TEORÍA FEMINISTA

Principales contribuciones de la teoría feminista al estudio de la ciudadanía	1
La crítica a la doctrina liberal de la separación entre lo público y lo privado	3
La crítica al proceso de construcción de la ciudadanía social	6
El escenario de la globalización: Nuevos cuestionamientos al concepto de ciudadanía	8
Los aportes al estudio de la ciudadanía desde América Latina	12
Las críticas feministas al derecho	15
El derecho como instrumento para la consolidación de la hegemonía masculina	16
El derecho como discurso autorizado en torno al cuerpo de las mujeres	17
El derecho como instrumento transformador	19
La lucha por reformas legales a favor de la igualdad	19
Una jurisprudencia con voz de mujer	22
Un derecho que evidencie la desigualdad de las mujeres	24
El derecho como una tecnología de género	27
Las mujeres y el derecho en América Latina	28

Capítulo 2

GÉNERO Y CONSTITUCIÓN: CONSTRUYENDO ESPACIOS DE LIBERTAD PARA LAS MUJERES

Las mujeres en los textos constitucionales	32
La exclusión de la mujer como sujeto de derechos	32
El igualitarismo constitucional y el derecho al sufragio para la mujer	33
Hacia la igualdad material	34
Las mujeres en las Constituciones de América Latina y el lenguaje de los derechos	38
La construcción de la ciudadanía de las mujeres en el constitucionalismo ecuatoriano	43
Las sufragistas y el derecho al voto	43
La acción política de las mujeres y la democratización del Estado	46
La Constitución Política de 1998 como referente en la vida de las mujeres	52
La Constitución del año 2008 y las demandas de las mujeres en torno a la justicia, la igualdad y la redistribución	56

Capítulo 3

GÉNERO E INTERPRETACIÓN JUDICIAL: LA DIMENSIÓN CONSTRUCTIVA DE LA JURISPRUDENCIA

El principio de igualdad y no discriminación	70
La igualdad como conquista jurídica y política: La igualdad formal y la igualdad sustancial	71
El sentido antidiscriminatorio y emancipador de las acciones positivas	74
El principio de igualdad en la jurisprudencia latinoamericana	88
El Tribunal Constitucional y el principio de igualdad y no discriminación	92
La igualdad y no discriminación en razón del sexo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Cuando la discriminación está en la norma	96
Las acciones afirmativas y la representación política de las mujeres	102
La participación de las mujeres, un desafío para la democracia	104
El debate en torno a la legitimidad de las cuotas electorales en favor de las mujeres	107

El Tribunal Constitucional del Ecuador y las cuotas electorales para las mujeres	111
La protección constitucional de la familia	119
El matrimonio en los códigos civiles y en las decisiones de los jueces	121
La terminación del matrimonio por divorcio: El adulterio y el “deber ser” de cada sexo	124
Injurias graves o actitud hostil como causas de divorcio: La tolerancia de la violencia contra la mujer en favor de la “unidad familiar”	126
El alcance del abandono voluntario e injustificado como causa de divorcio: La producción de identidades de género	133
La unión de hecho en el debate doctrinario y jurisprudencial	139
La unión de hecho en las decisiones de los jueces ecuatorianos: ¿El mismo estatus que la institución matrimonial?	145
La construcción de la paternidad y la maternidad en la jurisprudencia	148
La Corte Suprema de Justicia del Ecuador y la declaración judicial de la paternidad	150
El hábeas corpus y la privación de la libertad en función del derecho de alimentos: El rol del Tribunal Constitucional del Ecuador	159
El Tribunal Constitucional del Ecuador y los derechos de las mujeres embarazadas privadas de la libertad	165
El derecho de las mujeres al trabajo en condiciones de igualdad	172
Ámbitos problemáticos para el ejercicio de los derechos de las mujeres trabajadoras: El papel de la jurisprudencia comparada	174
La Corte Suprema de Justicia del Ecuador y la aplicación de normas “neutrales” frente a las demandas de las mujeres trabajadoras	179
Los reclamos de género en el ámbito laboral: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador	199
La protección de los derechos de la mujer trabajadora debido a su estado de embarazo	200
Las mujeres y su vocación “natural” para el trabajo doméstico	208
Los trabajos de cuidado extendidos al espacio público	212
El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia	219
La mujer mediante los códigos penales	219
Los delitos sexuales y el rol de la jurisprudencia	224
¿Qué es acceso carnal?: Una discusión técnica o una discusión política	228

Las circunstancias que rodean al delito y la reproducción de los imaginarios sociales	231
Las reglas formales y la forma en que los jueces las aplican	232
La intimidad del hogar y el ejercicio perpetuo del poder	234
La convivencia armónica de los ciudadanos: El matrimonio del acusado con la víctima	237
El proceso penal y la prolongación del control sobre la víctima	240
La violación “real” y la violación “puramente dicha”: El examen médico legal	242
¿Cómo se construye la honestidad en los delitos sexuales?: La escala de la mujer honesta	245
Las dificultades “técnicas” para la sanción de los delitos sexuales: ¿Un nuevo pacto patriarcal?	248
El proceso penal y la construcción de nuevas víctimas	253
La configuración de la víctima idónea y la selección del victimario	256
El mito de la unidad y la armonía familiar: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en torno a la violencia doméstica	259
El final de una cadena de violencias: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador frente a los asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujeres	269

Capítulo 4

EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA SIN VIOLENCIA: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL A PARTIR DE LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEL AÑO 2008

El papel de la víctima en el procedimiento penal: La jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia en torno al juzgamiento y sanción de los delitos sexuales	282
El valor de la versión de la víctima en los delitos sexuales	283
El derecho de la víctima a no ser revictimizada	289
La protección específica de víctimas especialmente vulnerables	293
La aplicación del principio del interés superior del niño/a	295
La Corte Nacional de Justicia y la problemática de la violencia contra la mujer en el ámbito intrafamiliar	299

La violencia contra las mujeres como un asunto de interés social y político	299
La protección de la integridad y seguridad de la mujer víctima de violencia: Mecanismos de amparo efectivo	303
Las características y efectos de la violencia intrafamiliar que se comete contra la mujer: El síndrome de mujer maltratada como defensa legal	308
El femicidio o los asesinatos de mujeres en razón del género	315
El contexto social, político e institucional como escenario para la aplicación de la nueva Constitución: El patriarcado intocado en la “revolución ciudadana”	327
La política pública de desarrollo infantil y la privación arbitraria del derecho de las mujeres a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo	327
¿La construcción de una sociedad democrática en un contexto de disminución real y simbólica de los espacios de participación autónoma de las mujeres?	331
Conclusiones	335
Las demandas de las mujeres y la vigencia real de la Constitución	335
El papel del derecho en el mantenimiento o la transformación de los esquemas patriarcales de discriminación. Los análisis feministas del fenómeno jurídico	335
Avances y retrocesos. Los derechos de las mujeres mediante la interpretación judicial	338
Igualdad formal e igualdad material. Los límites de las acciones afirmativas para lograr la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad	344
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	347
¿Trabajo en condiciones de igualdad?: El retorno a justificaciones de carácter neoliberal para privar a las mujeres de sus derechos laborales	353
El rol del movimiento de mujeres en el escenario posconstitucional	355
Bibliografía	359

*A las mujeres:
Sus causas y búsquedas por alcanzar la justicia
y la equidad han permitido sustentar los
supuestos teóricos y empíricos de este trabajo.
Con el ideal de que sus luchas históricas, reflexiones
y propuestas conceptuales sigan aportando a la
construcción de una nueva jurisprudencia en el mundo.*

Abreviaturas

AC:	Asamblea Constituyente
ADN:	Ácido Desoxirribonucleico
AN:	Asamblea Nacional
BIRF:	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CC:	Corte Constitucional
CCi:	Código Civil
CDN:	Convención de los Derechos del Niño
CEADEL:	Centro de Estudios y Apoyo al Desarrollo Local
CEDAW:	Committee on the Elimination of Discrimination against Women (por sus siglas en inglés)
CEDEC:	Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
CEDIME:	Centro de Investigación de los Movimientos Sociales
CEN:	Corporación Editora Nacional
CEPC:	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CEPLAES:	Centro de Planificación y Estudios Sociales
CETFDM:	Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CIBV:	Centros Infantiles del Buen Vivir
CIDEM:	Centro de Información y Desarrollo de la Mujer
CL:	Código Laboral
CN:	Congreso Nacional
CNA:	Código de la Niñez y Adolescencia
CNH:	Creciendo con Nuestro Hijos
CNJ:	Corte Nacional de Justicia
CNM:	Consejo Nacional de las Mujeres

COIP:	Código Orgánico Integral Penal
CONAMU:	Consejo Nacional de Mujeres
CORDES:	Corporación de Estudios para el Desarrollo
CP:	Código Penal
CPC:	Código de Procedimiento Civil
CPPCS:	Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
CPP:	Código de Procedimiento Penal
CPE:	Constitución Política del Ecuador
CMF:	Comisaría de la Mujer y la Familia
CRE:	Constitución de la República del Ecuador
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
CT:	Código del Trabajo
EE. UU.:	Estados Unidos de América
FLACSO-E:	Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador
FCE:	Fondo de Cultura Económica
FNPME:	Foro Nacional Permanente de la Mujer Ecuatoriana
GLBTI:	Gays, lesbianas, bisexuales, transgénero y transexuales
IEP:	Instituto de Estudios Peruanos
IESS:	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
IIDH:	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
ILDIS:	Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales
INNFA:	Instituto del Niño y la Familia
KAS:	Konrad Adenauer Stiftung
LAL:	Ley de Amparo Laboral
LE:	Ley de Elecciones
LGTBI:	Lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales
LSCCA:	Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa
MIES:	Ministerio de Inclusión económica y Social
MJDH:	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

MJDHC:	Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos
MP:	Ministerio Público
PUCP:	Pontificia Universidad Católica del Perú
RLE:	Reglamento a la Ley de Elecciones
TC:	Tribunal Constitucional
TSE:	Tribunal Supremo Electoral
UASB-E:	Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador
UEC:	Universidad Externado de Colombia
UNFPA:	United Nations Fund for Population Activities (por sus siglas en inglés)
UNIFEM:	Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (por sus siglas inglés)
UNICEF:	United Nations International Children's Emergency Fund (por sus siglas en inglés)

Prólogo

La obra que tiene en sus manos es el resultado del trabajo presentado por Catalina Mendoza Eskola para la obtención de su título de Doctora en Derecho en el Programa Internacional de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, trabajo que contó con los aportes del Tribunal ante el que se defendió, conformado por los doctores Roxana Arroyo, César Montúfar y Carolina Vergel, a quienes expreso mi agradecimiento como directora de la tesis y del Programa.

En el contexto italiano, y más exactamente en el *Digesto de las disciplinas civiles* de 1992, apareció por primera vez la expresión “feminismo jurídico”; aquí, Sylviane Colombo reconstruía el nacimiento del feminismo jurídico en Estados Unidos, señalando como su aspecto estimulante la crítica de la autoridad y de la lógica jurídica que unía las múltiples líneas de pensamiento que en aquel momento se estaban desarrollando.

El punto de partida común para las reflexiones feministas sobre el derecho era el rechazo del lenguaje formal en favor de expresiones que respetan los espacios emocionales y no racionales de la vida y de las situaciones concretas a las que el derecho debe enfrentarse.¹ Sin embargo, las propuestas y las soluciones no son ni unánimes ni inequívocas, y Colombo las rastrea, aunque sintéticamente, contraponiendo las que se niegan a criticar el lenguaje legal, incluso allí complementado por los conceptos de sexo y género, a aquellas que pretenden influir en las percepciones sociales y culturales a través del litigio estratégico y la producción de nuevas leyes. En general, según la autora, el feminismo legal, tal como estaba surgiendo en el panorama académico feminista estadounidense, no habría conducido concretamente a nuevos modelos, y esto se debía principalmente a la ausencia de un marco teórico serio que sirviera de base para el análisis. A pesar de la heterogeneidad de las perspectivas feministas y su tendencia a no ser fácilmente *ordenadas* en categorizaciones claras, varias autoras han tratado de sistematizar las diferentes fases del pensamiento feminista del derecho. Una de ellas es Carol Smart, quien señala que el derecho, además de sexista y masculino, es una estrategia

1 Colombo, Sylviane “Femminismo giuridico”, en *Digesto. Discipline privatistiche, sezione civile*, vol. VIII, 4ª. ed., ed. Rodolfo Sacco (Torino: Utet Giuridica, 1992), 247.

creadora de género, lo que se denomina “el derecho como tecnología de género”. Así, el derecho ha creado un concepto de “mujer” que en absoluto recoge su realidad y la vuelve exclusivamente madre y esposa.² La subdivisión puede ser útil para comprender cómo los tres elementos anteriormente descritos están presentes en cada declinación del pensamiento feminista, aunque en formas heterogéneas, y en ocasiones contradictorias, y estos sigan siendo los elementos alrededor de los cuales el feminismo continúa desarrollando un discurso político y un debate público que insiste en las categorías de los derechos, de las diferencias, del género y de los cuerpos.

En este sentido, la relación conflictiva entre mujeres, derecho y derechos siempre ha estado marcada por un reclamo emancipador. El derecho positivo estatal y antes el derecho natural, directa expresión de la voluntad de Dios o del príncipe, se ha basado siempre en una idea de universalismo que emana directamente de un *Uno* neutral y masculino, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

En este contexto se sitúa el libro de Catalina Mendoza Eskola, en el que se construye con solidez teórica y metodológica una crítica feminista al derecho, una crítica que además alcanza a hablar de todas y cada una de nosotras ya que toma la experiencia como punto de partida para el análisis y la transformación de la sociedad, deconstruyendo el sujeto universal del derecho y de los derechos, evidenciando la realidad material de los conflictos y las relaciones en un mundo cuyo significado y significantes son declinados desde las masculinidades.

La autora parte desde la experiencia que coloca al cuerpo, o debería decir *la cuerpa*, en el centro de la perspectiva feminista. Una *cuerpa* no neutral, no independiente, sino viceversa, completamente inmersa en redes de relaciones de poder; *cuerpas* ubicadas porque dejan de ser abstractas y se colocan en algún lugar de la realidad social y, al mismo tiempo, porque desde allí se asume su perspectiva parcial y se toma posición a favor de ella. Para la autora, el feminismo jurídico es ante todo una producción crítica de conocimiento jurídico, la irrupción en el mundo del derecho de formas de experiencia imposibles de traducir en ley positiva de matriz estatal, la revelación de contradicciones y paradojas que caracterizan el mismo formalismo legal. Su militancia apuesta por la resignificación permanente de los enlaces conflictivos que se producen entre la ley y la sociedad y la mejora de esta última desde la experiencia. La propuesta para conseguirlo es socavar los métodos, disciplinas y categorías del derecho patriarcal desde

2 Carol Smart, “La mujer del discurso jurídico”, en *Mujeres, derecho penal y criminología*, comp. Elena Larrauri (Madrid: Siglo XXI, 1994), 167-77.

sus fundamentos, desenmascarando su parcialidad y las dinámicas de la fuerza y del poder que los determina.

La justicia puede darse más allá de la ley a través de la fórmula del juicio político sobre las injusticias. Y hacer justicia significa practicar, cada una en el lugar donde se encuentra, una idea del mundo basada, principalmente, en la mejora de la experiencia y la trama de las relaciones. Desde aquí, la tarea es socavar la idea de un derecho que responde solo a un sujeto *neutral*, dessexualizado, y defender, como lo hace la autora, la posibilidad de construir una propuesta emancipadora que reinterprete el alcance del feminismo jurídico y lo consolide como un método, un enfoque y como un conocimiento crítico capaz de cambiar la geografía de los conceptos que lo caracterizan en la base. Un feminismo jurídico útil para todas y para todos.

Esta propuesta emancipadora nace desde la convicción de que el derecho encuentra su primera y esencial calificación en la conciencia social. La conciencia social también se refiere a los valores de vida, límites, obligaciones e ideales reconocidos en grupos sociales particulares. Por tanto, para llevar a cabo un ejercicio de crítica del derecho y de las instituciones es necesario posicionarse dentro de cada uno de los contextos y así vislumbrar relaciones, casos, existencias, sentires de los mundos que constituyen y, simultáneamente, deconstruyen el *Uno* neutral y masculino volviéndolo un pluriverso.

En una sociedad que sigue funcionando según el orden patriarcal y está impregnada, como brillantemente lo demuestra Catalina Mendoza Eskola, por la distinción entre lo público y lo privado y por formas de discriminación entre las cuales sobresalen la discriminación cultural (baste pensar en la educación y el conjunto de expectativas que la sociedad dirige a los niños y las niñas), las discriminaciones legales, económicas y laborales y político-institucionales, el objetivo es desenmascarar la hipocresía que subyace a la supuesta neutralidad del derecho por medio de un enfoque que se caracteriza por su radicalismo, en cierto modo subversivo, y por su fuerte papel político. En este sentido, la autora no solo propone una teoría del derecho alternativa a la dominante sino que además recalifica la visión neutral del derecho, típica del pensamiento clásico, como una teoría fuertemente imbuida de ideología sexista y discriminatoria.

En síntesis, un libro valioso por la rigurosidad en la elaboración de un diagnóstico crítico, en el manejo de las diferentes categorías teóricas que sustentan las luchas feministas, en el exhaustivo análisis empírico y, sobre todo, por su carácter propositivo en el desarrollo de nuevas estrategias de transformación y emancipación social; un libro importante por haber sido concebido desde la convicción de que la finalidad del estudio del derecho

es la lucha para un derecho transformador. Una lucha que, como muchas veces he defendido, solo puede y debe emprenderse desde un determinado contexto fáctico, considerando la realidad como problema y con el más alto rigor intelectual.

Finalmente, quiero dejar constancia de que este libro representa una afirmación más de la trayectoria de vida *militantemente coherente* con las luchas por la igualdad de Catalina Mendoza Eskola. Y, por otra parte, de la gratitud que siento hacia ella por su ejemplo y por este estudio que me enorgullece haber podido guiar y prologar. Es gracias a trabajos como este que cobra sentido mi papel como mujer y docente que cree profundamente en la militancia social y política y en las utopías reales.

Quito, 23 de febrero de 2019

Claudia Storini

Introducción

La ciudadanía, un concepto en construcción

¿Cómo se construye la ciudadanía de las mujeres mediante los discursos jurídicos y las prácticas judiciales en Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución Política de la República del Ecuador (CPE) de 1998 y luego con la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) de 2008? ¿Mediante 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 estos? ¿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?

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 ciudadanía ha significado una relación de derechos y deberes y de 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:³

3 Tomas Humphrey Marshall, "Ciudadanía y clase social", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 79 (1997): 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.

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, personas 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 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, las personas menores de edad, 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 mediante su inclusión en lo universal, las mujeres se convierten en ciudadanas indirectas.⁴

La ciudadanía aparece “como una construcción de múltiples niveles”.⁵ Por ello, se afirma que el estudio de la ciudadanía de las mujeres debe ser realizado no solo en contraste con aquella de los varones, sino en forma contextual, es decir, en relación con la inscripción de las mujeres en diferentes

4 Ver los trabajos de Laura Pautassi, “Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades: Ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina”, en coord. Gioconda Herrera, *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre feminismo y derecho* (Quito: FLACSO-E / Ágora, 2000), 65-90; Alison Woodward, “El Estado y la ciudadanía ¿Quién constituye el Estado? ¿Qué lugar ocupa la mujer?”, en *Las mujeres y la ciudadanía en el umbral del siglo XXI*, ed. Paloma de Villota (Madrid: Editora Complutense, 1998), 47-60.

5 Nira Davis-Yuval, *Género y nación* (Lima: Flora Tristán, 2004), 105-14.

grupos dominantes o subordinados de carácter local, étnico, comunitario, 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, social y cultural. 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.⁶

Los años 90 registran un amplio debate en torno a la ciudadanía como resultado del desarrollo del pluralismo social y político de la sociedad civil.⁷ 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, grupos de inmigrantes, las

6 Ibid., 125-37.

7 Ver los planteamientos de Virginia Vargas, “Procesos de formación de las ciudadanía global 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), 4; Ma. Marcia Smith y Víctor Manuel Durand, “Actores y movimientos sociales urbanos y acceso a la ciudadanía”, *Revista Ciudades*, n.º 25 (1995), 3-5; Luis Carlos Bresser Pereira, “Ciudadanía y república. La emergencia de los derechos republicanos”, *Revista Nueva Sociedad*, n.º 159 (1999): 44-66; Pedro Pontual, “Construyendo una pedagogía democrática del poder”, 88-9; y, Edson Seda, *La protección integral: Un relato sobre el cumplimiento del nuevo derecho del niño y del adolescente en América Latina* (Campañas: Edición Adés, 1995).

minorías nacionales, sexuales, religiosas, etc.–, 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 aun en los Estados de derecho existen grupos 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, mediante el 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 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. Posteriormente, mediante declaraciones formales, las Constituciones buscan equiparar a hombres y mujeres, eliminando las disposiciones que generan un trato discriminatorio en contra de ellas. Más adelante, 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 solo 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 aborda la relación entre “Mujer y Constitución”⁸ 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 desigualitarias 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, solo 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 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 TC y la CNJ, 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, por el contrario, puede contribuir a ampliar la ciudadanía de las mujeres. Pero estos estudios también muestran cómo al

8 Así, Asunción Ventura Franch, *Las mujeres y la Constitución española de 1978* (Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales / Instituto de la Mujer, 2000), 24-7; y, María Luisa Balaguer, *Mujer y Constitución. La Construcción Jurídica del Género* (Madrid: Ediciones Cátedra / Universitat de Valencia / Instituto de la Mujer, 2005), 17-9.

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.⁹ 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”.¹⁰ Las juezas y los jueces, al decidir la solución al conflicto 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– en ciudadanos incompletos.¹¹

En esta línea, se inscribe el interés del presente trabajo por explorar el rol cumplido por jueces y juezas en el proceso de aplicación-interpretación de las normas constitucionales. Se trata de examinar el papel que desempeña la concepción que tienen los operadores jurídicos 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

9 Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica* (Madrid: Tecnos, 1993), 12.

10 Claudia Storini, “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 5 (2001). Para un estudio especializado de esta tesis, consultar otras obras de la misma autora: *La interpretación Constitucional y el Estado de las autonomías* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002); “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 7 (2007); “El alcance jurídico de la teoría de la interpretación como límite a la labor del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 6 (2002); “Legitimidad del juez constitucional y teoría de la interpretación”, en *Actas del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (Arequipa: Colegio de Abogados de Arequipa, 2005), 378-408; “Justicia constitucional e interpretación de la Constitución”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 1 (2006); “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *Foro. Revista de Derecho*, n.º 9 (2008); “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA”, *Civitas Europa*, n.º 2 (2008); *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: CCE / CEDEC, 2013), esta última obra en coautoría con Marco Navas Alvear.

11 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, Rocio Villanueva Flores, “Género y justicia constitucional en América Latina”, en *Género y derecho constitucional en América Latina*, coord. Fernando Flores Jiménez (Quito: CEN, 2003).

diferenciada, 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; 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, analizar de qué manera el contexto social, político e institucional contribuye a la materialización de los derechos reconocidos en el texto constitucional.

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 históricosociales que están en permanente evolución. 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 interpretarlas, así como el sentido que los diversos actores sociales, políticos e institucionales dan a las normas mediante sus actitudes, prácticas y usos que proponen.

La metodología utilizada para alcanzar estos objetivos se sustenta en la crítica que realiza el feminismo al derecho como discurso, destacando su carácter constructivo. Al asignar lugares, caracteres y prerrogativas a hombres y mujeres, de forma diferenciada, el derecho produce sentidos específicos respecto de lo que se espera de hombres y mujeres. El derecho aparece como un discurso público sobre los cuerpos, las capacidades y las necesidades de hombres y mujeres, otorgándoles mayor o menor poder. Sin embargo, ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni los debates públicos en torno a los derechos, construyen imágenes coherentes de hombres y mujeres, ni de las relaciones entre los géneros. Puesto que el sentido de las normas cambia con el tiempo, según los contextos y la acción de diversos actores, entonces, las imágenes de "lo femenino" y de "lo masculino" que se pueden extraer del derecho, frecuentemente, se presentan de forma inconsistente y contradictoria, precisamente, porque en su producción intervienen diversos actores sociales, políticos e institucionales que luchan por hacer prevalecer intereses contrapuestos.

Ciertamente 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 la única versión de las relaciones entre "género y derecho", "ciudadanía y ciudadanía", "mujer y Constitución" o "Constitución y género".

La presente investigación se centra en el estudio de los derechos y avances propuestos por las mujeres en el proceso de discusión de la CPE de 1998 y la CRE de 2008. Asimismo, la investigación pone énfasis en el análisis de 432 resoluciones pronunciadas tanto por el TC y la CSJ, durante el período comprendido entre 1998 y 2008, así como la nueva CNJ, a partir de la vigencia de la CRE de 2008, en torno a la materialización de los derechos de las mujeres en diversos ámbitos priorizados por el contenido de género que entrañan.

La metodología de análisis se fundamenta en una concepción amplia del derecho¹² de acuerdo con la cual este 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 uno “Género, ciudadanía y derecho: Aportes de la teoría feminista” 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 duda, son un antecedente importante para la lucha de las mujeres por reformas constitucionales y legales y la transformación del derecho mismo.

En el capítulo dos “Género y Constitución: Construyendo espacios de libertad para las mujeres” se realiza un recuento de las etapas que caracterizan el tratamiento constitucional de la mujer y se señala cómo las demandas de las mujeres en torno a sus derechos han sido consideradas

12 Ver la propuesta de Alda Facio, en “Hacia otra teoría crítica del derecho” y en “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en *Género y derecho*, ed. Alda Facio y Lorena Fries (Santiago de Chile: LOM, 1999).

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 CPE de 1998.

En el capítulo tres “Género e interpretación judicial: La dimensión constructiva de la jurisprudencia” 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 TC y de la CSJ 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 cuatro “El derecho de las mujeres a una vida sin violencia: La interpretación judicial a partir de la aprobación de la Constitución de 2008” se examinan las principales contribuciones de la CNJ a 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 COIP, 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.

Las conclusiones tituladas como “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 CPE de 1998 y de la CRE 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 como 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 1

GÉNERO, CIUDADANÍA Y DERECHO: LOS APORTES DE LA TEORÍA FEMINISTA

Principales contribuciones 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 autores.¹ 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, mediante el ejercicio de los derechos fundamentales, posibilita la participación política de los individuos en el Estado de derecho. 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, las personas menores de edad, 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, de manera que las desigualdades reales que se derivan de la pertenencia al género, a la etnia, a la clase social, a la edad, o a otros contextos, no es relevante para el estatus de la ciudadanía.²

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

1 Ver, por ejemplo, Antonio Enrique Pérez Luño, “Ciudadanía y definiciones”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 25 (2002): 182-8.

2 Davis-Yuval, *Género y nación*, 108.

ciudadanía a un estatus meramente formal. 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 aquellos que tenían una conexión con 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.³

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 mediante el 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 Fraser,⁴ 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

3 Iris Marion Young, “Vida política y diferencia de grupo: Una crítica del ideal de ciudadanía universal”, en *Perspectivas feministas en teoría política*, comp. Carme Castells (Barcelona: Paidós, 1996), 103.

4 Nancy Fraser y Linda Gordon, “Contrato *versus* caridad. Una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social”, *Isegoría: Revista de Filosofía, Moral y Política*, n.º 6 (1992): 10-4.

“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 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 crítica a la doctrina liberal de la separación entre lo público y lo privado

La doctrina de la separación entre lo público y lo privado fue uno de los mecanismos a partir de los cuales el liberalismo excluyó a las mujeres del ejercicio de la ciudadanía universal.⁵ 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, mediante 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 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,

5 Ver el artículo de Carole Pateman, “Críticas feministas a la dicotomía público/privado”, 33-49.

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.⁶

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”.⁷ La democracia liberal adoptó del liberalismo un concepto abstracto de “individuo” y de “ciudadano”. 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 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 mito.⁸ 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 jóvenes– son sistemáticamente silenciados. Por ello, se propone una “ciudadanía diferenciada en función del grupo”, lo cual requiere la implementación de canales institucionalizados para el reconocimiento y representación explícita de sus intereses. Esto implica que, en lugar de formular derechos en términos universales, algunos grupos deban 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 sentido, se cuestiona aquella concepción que percibe la política como una actividad reductible a la resolución de los problemas que conciernen al Estado.⁹ Se trata de construir una concepción contextualizada de la política que tome en cuenta las relaciones concretas en que se desenvuelven

6 Susan Moller Okin, “Liberalismo político, justicia y género”, 130.

7 Anne Phillips, “¿Deben las feministas abandonar la democracia liberal?”, 82-95.

8 Ver la propuesta de Iris Marion Young, “Vida política y diferencia de grupo”, 106-23.

9 Mary G. Dietz, “Cómo encarar la ciudadanía”, *Perspectivas*, n.º 2 (1996): 3-7.

los sujetos y que promueva la participación de los/as ciudadanos/as en la resolución de los asuntos de su comunidad (barrio, localidad, ciudad, región, estado). De esta manera, trabajadores/as, maestros/as, estudiantes, padres/madres, niños/as, comerciantes, artistas, usuarios de los servicios públicos, etc., –cada cual con diferentes intereses individuales– se transforman en ciudadanos/as que trascienden hacia el compromiso colectivo y que se orientan por el respeto mutuo de los “pares cívicos”. En este contexto, se propone 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 categoría “mujer” como tal dentro de diferentes discursos?, ¿cómo se convierte la diferencia sexual en una distinción pertinente dentro de las relaciones sociales?, y ¿cómo se construyen relaciones de subordinación a través de 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.¹⁰

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

10 Chantal Mouffe, “Feminismo, ciudadanía y política democrática radical”, *Revista Foro*, n.º 33 (diciembre de 1997-enero de 1998): 17.

sociales, tales como las mujeres, los jóvenes, los trabajadores, la población afrodescendiente, la población LGBTI, los ecologistas, entre otros. En tal sentido, se apuesta por la construcción de una identidad política colectiva que, 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 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.¹¹

La crítica al proceso de construcción de la ciudadanía social

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.¹² 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 Fraser,¹³ quien analiza la relación entre ciudadanía civil y social en el debate político de los EE. UU., mediante 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 estatus de algunos sujetos, descendió el estatus relativo de otros. La ciudadanía civil se configuró a partir de convenciones que

11 Ibid., 25.

12 Véase Pérez Luño, “Ciudadanía y definiciones”: 188-91.

13 Fraser y Gordon, “Contrato *versus* caridad”: 5-12.

contribuyeron a construir formas modernas de triple 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.¹⁴

La construcción de la ciudadanía civil moderna también tuvo implicaciones respecto de la “distribución del bienestar social”. 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 “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.¹⁵

En efecto, en torno al estatus de los denominados derechos sociales se ha construido una opinión negativa.¹⁶ Se afirma que no son auténticos derechos fundamentales, que no crean obligaciones concretas en los poderes públicos, que no imponen deberes claros sobre sujetos determinados, que son incompatibles con los derechos civiles. Se sostiene también que son caros, 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,

14 *Ibíd.*, 8.

15 *Ibíd.*, 9-12.

16 Léase el artículo de María José Añón Roig, “La contribución de los derechos sociales al vínculo social”, en *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, ed. por Javier de Lucas (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 285-303.

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, mediante la implementación de medidas redistributivas orientadas a corregir, eliminar o evitar los efectos desfavorables o perjudiciales que comportan las diferencias de género, de etnicidad, de clase social, de lengua, entre otras, que existen entre las personas y que condicionan sus opciones de vida.

El escenario de la globalización: Nuevos cuestionamientos al concepto de ciudadanía

En el actual contexto de globalización, caracterizado por nuevas 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 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”.¹⁷ 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, poblaciones indígenas, minorías lingüísticas, 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 debido a 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 política. El problema

17 Ver, por ejemplo, Javier De Lucas, “Introducción”, 14-21.

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”.¹⁸

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. El objetivo es el reconocimiento y aceptación “recíprocos” entre los grupos, 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 colectivos.¹⁹

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:

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.²⁰

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, mediante el 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 a participar en la comunidad política, aunque sea como ciudadanos de

18 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’”, 173-4.

19 *Ibid.*, 168-77.

20 Mestre i Mestre, Ruth, “Vínculo social y trabajo hoy. La exclusión de las mujeres inmigrantes”, 463.

segunda. El “contrato social” que las leyes de extranjería ofrecen a determinados individuos es un contrato parcial porque durante un tiempo solo 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 ciudadanos”.²¹

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.²²

Por otra parte, la mayoría de las 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.²³

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.²⁴ Efectivamente, la entrada de grandes 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

21 Ibid., 464-6.

22 Ibid., 473-4.

23 Ibid., 475-7.

24 Ver la reflexión de Rosa Cobo, “Globalización y nuevas servidumbres de las mujeres”, en *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, eds. Celia Amorós y Ana de Migue (Madrid: Minerva Ediciones, 2005), 279-96.

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.²⁵

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.²⁶

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 llevan a cabo en condiciones crecientes de vulnerabilidad. De este modo, también los varones –aunque en menor medida– se han vuelto vulnerables, ya que su trabajo se torna discontinuo, precario, mal remunerado, cada vez con menos derechos laborales. Pero, además, como muestra Celia Amorós, 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

25 Ibid., 279-89.

26 Ibid., 294-6.

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.²⁷

Los aportes al estudio de la ciudadanía desde América Latina

Como señala Virginia Vargas Valente, 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 reconstrucción 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.²⁸

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

27 Celia Amorós, “Globalización y orden de género”, 328-9.

28 Virginia Vargas, “Ciudadanía globales y sociedades civiles. Pistas para el análisis”, *Revista Nueva Sociedad*, n.º 163 (1990): 126.

excluidos por su inclusión, la ciudadanía implica un proceso transformador, de crítica, reconstrucción y ampliación de los derechos.²⁹

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.³⁰ 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 participar en igualdad de condiciones en el ámbito del empleo.

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 solo 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.³¹

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.³² El tratamiento de las mujeres en el Estado de bienestar está caracterizado por la ambigüedad. Por un lado, las mujeres aparecen como

29 Ibid., 126-7.

30 Ver el análisis de Rosario Aguirre, *Género, ciudadanía social y trabajo* (Montevideo: Universidad de La República, 2003), 11-20.

31 Ibid., 15-20.

32 Pautassi, “Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades: ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina”, 72-9.

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 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, en tanto no hubiesen ingresado al mercado de trabajo, no tenían derecho a las prestaciones de la seguridad social.³³

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", mediante el cual se propone visibilizar las particularidades de diversos grupos, como las mujeres, los pobres, los ancianos, los niños/as, las personas con discapacidad, los inmigrantes, las minorías nacionales, la población LGBTI. 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.³⁴

Se plantea así 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

33 Ibid., 74.

34 Ibid., 78-9.

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?³⁵

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.

Las críticas feministas al derecho

Los análisis feministas del derecho plantean que este constituye una de las principales manifestaciones de poder dentro de la sociedad, y que dicho poder no solo se observa en las discusiones parlamentarias o en las decisiones de las cortes de justicia sino también en otras instancias que conforman el sistema jurídico. Los estudios feministas del derecho cuestionan los principios básicos del sistema jurídico y los presupuestos de la teoría jurídica, entre otros aspectos, a partir de lo cual se proponen evaluar críticamente la legislación y las instituciones que conforman el sistema jurídico, así como presentar alternativas al ordenamiento existente. Las críticas feministas del derecho cuestionan 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 solo 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.³⁶

El debate está íntimamente relacionado con las visiones que se tengan del derecho y de los derechos, así como con lo que las diferentes perspectivas consideran necesario para garantizar la inclusión de las demandas

35 Tamar Pitch, *Un derecho para dos: La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad* (Madrid: Trotta, 2003), 22.

36 *Ibid.*

de las mujeres, en general, o de algunas mujeres, en particular: las trabajadoras, las madres, las inmigrantes, las privadas de la libertad, las víctimas de delitos, las cuidadoras, 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 desarrolladas desde el feminismo.

El derecho como instrumento para la consolidación de la hegemonía masculina

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.³⁷ 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 *statu 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, mediante 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 “intimidación familiar”, y la tendencia a invisibilizar los intereses de las mujeres en la esfera privada, contribuyendo de esta manera a consolidar la hegemonía masculina.

Junto con la dimensión crítica de la jurisprudencia feminista, se destaca también su dimensión constructiva orientada a “alterar” el derecho, de manera que este recoja los intereses de las mujeres en un entorno pospatriarcal. 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 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

37 Ver el trabajo de Mercedes Carreras, *Aproximación a la jurisprudencia feminista* (Alcalá de Henares: Excmo. Ayuntamiento de Alcalá de Henares / Centro Asesor de la Mujer, 1995), 16-86.

cuenta en la elaboración de las normas, la justificación de las instituciones jurídicas, y el enfoque de la práctica jurídica.³⁸

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 de este como “sistema esencialmente masculino”.³⁹ No obstante, este enfoque que enfatiza el “carácter masculino” del derecho ha recibido fuertes cuestionamientos.⁴⁰ 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.

El derecho como discurso autorizado en torno al cuerpo de las mujeres

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 sociales, y que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto que operan en un contexto histórico-social determinado.⁴¹ Siendo un discurso social, mediante 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”.⁴² 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.

38 Ibid., 16-7.

39 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), 166-7.

40 Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, comp. Birgin (Buenos Aires: Biblos, 2000), 37-8.

41 Ruiz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, 20-1.

42 Pitch, *Un derecho para dos*, 19-21.

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 géneros, 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.⁴³ 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 legitiman la desventaja femenina.⁴⁴ 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.⁴⁵ 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.⁴⁶

El derecho refuerza conceptos que contribuyen a consolidar un imaginario colectivo resistente a las transformaciones. El derecho opera “naturalizando ciertos vínculos y relaciones”, mediante el mecanismo de la

43 Ibid., 249-51.

44 Alda Facio y Lorena Frías, “Feminismo, género y patriarcado”, en *Género y derecho*, 21-2.

45 Verónica Matus, “Lo privado y lo público, una dicotomía fatal”, en *Género y derecho*, 61.

46 Lorena Frías y Verónica Matus, “Supuestos ideológicos, mecanismos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal”, en *Género y derecho*, 161.

legitimación selectiva de algunos de ellos, sin plantear opciones para actuar y decidir.⁴⁷ 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 derechos se realiza mediante 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 señalado, 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.

El derecho como instrumento transformador

Si el derecho –como se afirma desde diversos frentes– ha desempeñado un rol 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 los análisis feministas del derecho es posible identificar diversas estrategias empleadas para alterar el “dominio masculino” y mejorar la posición de las mujeres.

La lucha por reformas legales a favor de la igualdad

Una de las principales estrategias impulsadas por el movimiento a favor de los derechos de la mujer,⁴⁸ ha sido denunciar las diversas formas en que las leyes niegan derechos o lesionan los intereses de las mujeres.

47 Alicia Ruiz, “De las mujeres y el derecho”, en *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, 14.

48 Ver el estudio de Frances Olsen, “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, comp. Alicia Ruiz (Buenos Aires: Biblos, 2000), 34-5.

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, mediante 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 un amplio debate entre aquellas posiciones que buscan un “tratamiento igualitario” y aquellas que demandan un “tratamiento especial”.⁴⁹

También las feministas denunciaron la utilización de modelos “asimilacionistas” en la interpretación de la ley, es decir, aquellos 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.⁵⁰

Este primer núcleo de argumentación de los análisis feministas 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 EE. UU. mediante cursos específicos acerca de la posición de la mujer en el derecho.⁵¹ 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.⁵² El modo especial de ver la realidad social del grupo dirigente es aceptado por la ley y

49 Ibid.

50 Ibid.

51 Suárez Llanos, *Teoría feminista, política y derecho*, 169.

52 Tove Stang Dahl, *Derecho de la Mujer. Una introducción a la Jurisprudencia Feminista* (Madrid; Vindicación Feminista Publicaciones, 1987), 22-106.

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, 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.⁵³

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 géneros. Esto supone no solo 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.⁵⁴

Así, los conceptos de “justicia” y “libertad” –como conceptos políticos que encierran los valores de igualdad, dignidad, integridad, autodeterminación y autorrealización– pueden ser utilizados para evidenciar que la libertad de ciertos individuos y grupos se 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.⁵⁵

Han sido varios los cuestionamientos que ha recibido el conjunto de propuestas que son parte de esta corriente.⁵⁶ Se señala que las acusaciones

53 *Ibíd.*, 22.

54 *Ibíd.*, 31-3.

55 *Ibíd.*, 90-106.

56 En esta línea se encuentra Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en *Género y derecho*, 207-12.

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 jurisprudencia con voz de mujer

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 caracterizan como una institución opresiva hacia las mujeres.⁵⁷ 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*.⁵⁸ 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 el 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 esta autora,⁵⁹ 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

57 Identificada por Olsen, “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, 37-8.

58 Suárez Llanos, *Teoría feminista, política y derecho*, 170-8.

59 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), 155-9.

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, 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.⁶⁰

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, mediante 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 trampa⁶¹ al intentar reemplazar una jerarquía de verdad –la concepción masculina del derecho– por otra –una teoría femenina del derecho igualmente totalizadora–.

60 Ibid, 159.

61 En palabras de Beatriz Kohen, “El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual”, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, 93.

Un derecho que evidencie la desigualdad de las mujeres

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. Este 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.⁶² Catharine MacKinnon sería una de las mejores exponentes de esta estrategia.

Para MacKinnon,⁶³ 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

62 Pitch, *Un derecho para dos*, 259-60.

63 Catharine A. MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado* (Madrid: Cátedra / Universitat de Valencia / Instituto de la Mujer, 1995), 433-45.

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 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.⁶⁴

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 por medio de la ley.⁶⁵

El primer paso consiste en poner en evidencia las condiciones concretas de desigualdad de las mujeres, señalando los abusos que estas sufren 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 mediante 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 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.⁶⁶

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. Mientras los derechos abstractos dan autoridad a la experiencia masculina del mundo, los derechos sustantivos de las mujeres favorecen una autoridad no dominante,

64 Ibid., 435.

65 Ibid., 436-8.

66 Ibid., 438-40.

la autoridad de la verdad excluida, la voz del silencio. De esta forma, la jurisprudencia feminista se orienta a cambiar la situación de dominación/sumisión. Partiendo de que el poder masculino existe, que no existe la igualdad sexual y que la igualdad necesita cambios, la jurisprudencia feminista promueve una nueva relación entre la vida y la ley.⁶⁷

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.⁶⁸ De manera especial, la definición del acoso sexual se reveló con gran éxito en el plano práctico porque propició una serie de batallas judiciales, mediante 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 mujeres, como colectivo, que habían sido experimentados individualmente y que hoy son visibilizados públicamente.

No obstante, la propuesta de MacKinnon ha sido calificada como paradójica,⁶⁹ 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.⁷⁰ 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 solo regula las relaciones de género, sino que crea identidades. Mediante 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 solo [...] 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

67 *Ibíd.*, 444-5

68 Pitch, *Un derecho para dos*, 258-9.

69 Kohen, “El feminismo jurídico en los países anglosajones: El debate actual”, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, 91.

70 Olsen, “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, 38-40.

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 de sexo.⁷¹

El aceptar que no existe un “sujeto de origen”⁷² 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 la entidad homogénea “mujer” a la del “hombre”, sino de explorar la multiplicidad de relaciones sociales en las cuales la diferencia sexual está construida de muy diversos modos.

El derecho como una tecnología de género

Se afirma que es posible deconstruir 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.⁷³ Este enfoque asigna singular importancia al papel que desempeña el discurso jurídico en la creación de “la mujer” y de “las mujeres”. 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 madre, la adúltera, 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 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 ella. 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

71 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), 339-40.

72 Haydée Birgin, “Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente a particularismo”, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, 119.

73 Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, 40-9.

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”.⁷⁴

Las mujeres y el derecho en América Latina

Finalmente, desde América Latina,⁷⁵ 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. Estas 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 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 solo de describir el derecho existente sino, fundamentalmente, de democratizarlo.

En este marco, una metodología para el análisis del fenómeno legal, desde una perspectiva de género,⁷⁶ 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.

Mediante esta metodología se puede descubrir a “la mujer” que está presente en el discurso jurídico o reconocer a aquella 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

74 Kohen, “El feminismo jurídico en los países anglosajones”, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, 95-101.

75 Ver la propuesta de Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en *Género y derecho*, 202-5.

76 Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en *Género y derecho*, 99-136.

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 de mujeres 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, la mujer-casada, entre otras.⁷⁷

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, la discapacidad, 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, nacionalidad, creencia política, etc., y también, en muchos aspectos, de menor poder que todos los hombres en general.⁷⁸

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, de una política pública, etc.– se fundamenta en una concepción amplia del derecho, de acuerdo con la cual, este 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

77 *Ibid.*, 108.

78 *Ibid.*, 103.

leyes existentes; el acatamiento cotidiano de leyes no escritas o derogadas; así como las relaciones que se establecen entre leyes escritas y no escritas.⁷⁹

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

79 *Ibid.*, 108-9.

Capítulo 2

GÉNERO Y CONSTITUCIÓN: CONSTRUYENDO ESPACIOS DE LIBERTAD PARA LAS MUJERES

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.⁸⁰ En efecto, la eficacia de la igualdad exige el desarrollo de una legislación específica con el fin de dismantlar 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.⁸¹ 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 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 estatus de la mujer en la Constitución implica entender también el proceso histórico que lo inspiró y el contexto social de su aplicación e interpretación.⁸² 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

80 Ver, por ejemplo, Carmen Iglesias, "Presentación", en *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold (Madrid: CEPC, 2000), 10-1.

81 Annita Garibaldi Jallet, "Las mujeres en la Constitución Italiana", en *Mujer y Constitución en España*, 124-8.

82 Así, María Lucía Amaral, "Las mujeres en el derecho constitucional: El caso portugués", en *Mujer y Constitución en España*, 158.

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.

Las mujeres en los textos constitucionales

En la evolución del tratamiento constitucional de la mujer se pueden identificar tres grandes etapas. 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.⁸³

La exclusión de la mujer como sujeto de derechos

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 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 estas 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.⁸⁴

83 Pablo Pérez Tremps, “Constitución y derechos de la mujer”, en *Derechos Humanos de las Mujeres. Aportes y Reflexiones*, n.º 6 (Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1998): 59-73.

84 Fríes y Matus, “Supuestos ideológicos, mecanismos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal”, en *Género y derecho*, 153-4.

El silencio de los textos constitucionales revolucionarios y decimonónicos respecto de la mujer⁸⁵ contrasta, sin embargo, con su presencia en otras ramas del 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 CCI, 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.⁸⁶

El igualitarismo constitucional y el derecho al sufragio para la mujer

La segunda etapa supuso la equiparación del hombre y la mujer mediante el reconocimiento de la igualdad formal en los textos constitucionales, en especial, fue el reconocimiento del derecho al sufragio para la mujer lo que cambió su estatus constitucional. En este sentido, se ha afirmado que las demandas por la igualdad enfatizaron las similitudes entre hombres y mujeres;⁸⁷ 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, desde otro punto de vista, se ha señalado que la separación entre lo público/masculino y lo privado/

85 En contra de esta afirmación, Dominique Rousseau sostiene que en esta etapa las Constituciones sí 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 *Mujer y Constitución en España*, 104-5.

86 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 esta la obligación de obedecerle; el marido podía fijar el domicilio conyugal, reconocido esto como un derecho, y ella debía seguirle a donde hubiese trasladado su residencia. Hasta antes de la reforma de la Ley Civil, en el año 2015, persistía 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 presumía que el administrador de la sociedad conyugal era el marido.

87 Michel Rosenfeld, “Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos”, en *Mujer y Constitución en España*, 87-97.

femenino estuvo en el centro de los debates sobre el reconocimiento del sufragio femenino:

tanto los antisufragistas 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 estas 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.⁸⁸

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.⁸⁹

Hacia la igualdad material

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.⁹⁰

La profundización de la idea de discriminación es una técnica que se concreta mediante 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.

88 Pateman, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", 42.

89 *Ibíd.*

90 Pablo Pérez Tremps, "Constitución y derechos de la mujer", en *Derechos humanos de las mujeres. Aportes y reflexiones*, 66-73.

Finalmente, el tercer mecanismo se materializa en la prohibición de discriminaciones indirectas, también sometida su valoración al principio de interpretación restrictiva.⁹¹

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.⁹²

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 aquellas normas que concretan contenidos específicos del principio genérico de igualdad, respecto de determinados estatus (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).⁹³ En este sentido, el amplio número de preceptos que la Constitución dedica directa e indirectamente a este tema sería una muestra de la importancia que se atribuye a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.⁹⁴

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.⁹⁵ Ya no se

91 Ibid.

92 Ibid.

93 Ibid.

94 Ver, por ejemplo, Carmen Iglesias, “Presentación”, en *Mujer y Constitución en España*, 10.

95 El Estado liberal y el Estado social son expresiones del Estado de derecho 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

trata de una igualdad formal, sino de una 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 mediante 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.⁹⁶

En la actualidad está ampliamente reconocida la relación que existe entre Constitución y los derechos de las mujeres, hasta el punto de afirmar que no existe una mejor garantía a favor de la igualdad real y efectiva de los derechos de las mujeres que su reconocimiento y tutela en la Constitución.⁹⁷ Del mismo modo, se ha llegado a construir un amplio

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 DF: FCE, 2002), 554-5. 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 Pablo Lucas Verdú, “Estado de derecho”, en *Prontuario de ciencia política y derecho constitucional*, D. Basterra et al. (Granada: COMARES, 1996), 157-8.

96 Ventura Franch, *Las mujeres y la Constitución española de 1978*, 268.

97 Así, Iglesias, “Presentación”, en *Mujer y Constitución en España*, 10.

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 estas 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.⁹⁸

Las luchas para las reformas constitucionales y legales, generalmente, han estado 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.⁹⁹ 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.¹⁰⁰

98 Teresa Freixes Sanjuán, "La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europeo", en *Mujer y Constitución en España*, 70.

99 Pitch, *Un derecho para dos*, 238-42.

100 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, *La nueva Constitución. Escenarios, actores, derechos* (Quito: Ciudad, 1998); Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano* (Quito: UASB-E / CEN, 2004); Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo: Derechos sexuales en Ecuador* (Quito: UASB-E / CEN, 2008); y, Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (Quito: UASB-E / CEN, 2009).

Las mujeres en las Constituciones de América Latina y el lenguaje de los derechos

En el ámbito latinoamericano, los debates en torno a la ciudadanía de las mujeres han estado vinculados a la noción de justicia de género.¹⁰¹ La justicia de género implica un concepto de justicia en las relaciones sociales y jurídicas entre los géneros, 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 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 y lograr el establecimiento de sistemas jurídicos abiertos a las diferencias, visibilizando el 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.¹⁰² 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

101 Maxine Molyneux, "Justicia de género, ciudadanía y diferencia en América Latina", en ¿Qué género tiene el derecho? *Ciudadanía, historia y globalización*, ed. Stefanie Kron y Karoline Noak, (Berlín: Tranvía / Verlag Walter Frey, 2008), 36-53.

102 Consultar, por ejemplo, Gabriela Cano, "La ciudadanía de las mujeres: Disyuntivas entre la igualdad y la diferencia sexual, México, 1917-1953", en *Palabras del silencio: Las mujeres latinoamericanas y su historia*, comp. Martha Moscoso (Quito: Abya-Yala, 1995), 151-81; Line Barreiro, "Sueños y luchas por leyes igualitarias", en *Palabras del silencio*, 184-216; Ana María Goetschel et al., *De Memorias. Imágenes públicas de las mujeres ecuatorianas de comienzos y fines del siglo veinte* (Quito: FONSAI / FLACSO-E, 2007), 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), 13-26; Rocío Salgado Carpio, "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), 37-51; Silvia Vega Ugalde, "Movimiento de mujeres: ¿Cuál es el 'nuevo momento'?", *La tendencia: Revista ideológico político*, n.º 1 (2004): 68-75; Gayne Villagómez W., "Los derechos de las mujeres, ayer y hoy", *La tendencia. Revista de análisis político: Movilización social, mujeres, gobierno*, n.º 13 (2012): 54-60.

redes regionales y transnacionales. Los procesos de reforma del estatus jurídico de las mujeres recibieron el impulso de las conferencias de la mujer de la ONU, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, y la Declaración y Plataforma para la Acción de Beijing.¹⁰³

En este contexto, el tema de la igualdad ha ocupado un lugar central en las demandas feministas de reforma del derecho constitucional latinoamericano.¹⁰⁴ El punto común de las Constituciones de la región en esta materia es la consagración de la igualdad formal junto con 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.¹⁰⁵ 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 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.¹⁰⁶

103 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 *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. IV, (San José: IIDH, 1996), 15-46; Enrique Bernaldes 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), 161-97; Violeta Bermúdez Valdivia, "Protección Internacional de los Derechos Humanos", en *Sobre género, derecho y discriminación*, ed. Juan Carlos Sandoval (Lima: PUCP-Defensoría del Pueblo, 1999), 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, derecho y discriminación*, 81-97; Giulia Tamayo León, "Discriminación contra la mujer y estándares internacionales de derechos humanos", 99-120; Alda Facio, "La Carta Magna de todas las mujeres", en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, comp. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: MJDH, 2009), 541-48.

104 Cristina Motta, dir., *Observatorio legal de la mujer. El legado de la Constitución* (Bogotá: Universidad de los Andes / Dirección Nacional de Equidad para las Mujeres, 1998), 102-22.

105 Se trata de fórmulas como: "Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza" (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" (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" (Constitución Política de la República de Chile de 1980, actualizada en el año 2005).

106 De acuerdo con la Constitución de la Nación Argentina de 1994: "La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se

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.¹⁰⁷

En cuanto a la prohibición de discriminación laboral, esta 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 también son objeto de consagración constitucional. Algunas Constituciones 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.¹⁰⁸

La familia –tema central de debate feminista– es definida como núcleo de la sociedad y está protegida por la gran mayoría de los textos

garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”; según la Constitución Política de Colombia de 1991, modificada en el año 2013: “Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”; para la Constitución Nacional de Paraguay de 1992: “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”.

107 “Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo” (Constitución Política de la República de Costa Rica); “Se establecerá una protección especial para la mujer y los menores” (Constitución Política de Honduras de 1982); “El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado” (Constitución de la República de Uruguay de 1967, con reformas de 1996).

108 La Constitución de la República Federativa de Brasil establece: “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...”; la Constitución de Paraguay determina: “No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos [...] de sexo [...]” y añade que “[...] 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”.

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 la 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.¹⁰⁹

El recorrido por las Constituciones de América Latina y el estudio de las 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 con 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.¹¹⁰

Por otra parte, sin desconocer el potencial emancipador que conllevan los reclamos por los derechos, el “lenguaje de los derechos” también ha sido objeto de cuestionamientos.¹¹¹ 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

109 Señala la Constitución de Colombia que: “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...” y que: “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 este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.” Por su parte, la Constitución de Bolivia plantea que: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado” y que: “El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges”.

110 Motta, dir., *Observatorio legal de la mujer*, 123.

111 Pitch, *Un derecho para dos*, 243.

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 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 solo 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.¹¹²

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 reproducción–,¹¹³ en los actuales momentos uno de los principales retos tiene que ver con la manera de poner en práctica un proyecto general de justicia de género.

112 *Ibíd.*

113 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. Así lo señala Ana I. Marrades Puig, *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento* (Valencia: Universitat de Valencia, 2002), 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 *Palabras del silencio*, 225. De acuerdo con Kim Clark, a inicios del siglo XX en 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”, *Anales de la Universidad Central*, [Quito: 1923], 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 *La ciudadanía a debate*, ed. Eugenia Hola y Ana María Portugal (Santiago de Chile: Isis Internacional, 1997), 87-100.

La construcción de la ciudadanía de las mujeres en el constitucionalismo ecuatoriano

Las sufragistas y el derecho al voto

En el estudio del tratamiento constitucional de la mujer, una de las cuestiones que mayor atención ha concitado es la referida al sufragio femenino. Este 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.¹¹⁴

Mediante el estudio crítico de los debates que sirvieron de base para la 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:

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. Las menciones 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).¹¹⁵

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

114 Mercedes Prieto y Ana María Goetschel, “El sufragio femenino en Ecuador (1884-1940)”, en *¿Qué género tiene el derecho?*, eds. Stefanie Kron y Karoline Noak (Berlín: Edition Tranvía / Verlag Walter Frey, 2008), 117-40.

115 Raquel Rodas Morales, “De los inicios de la República a la Revolución Juliana”, en *Historia del voto femenino en el Ecuador*, ed. Raquel Rodas Morales (Quito: CONAMU, 2009), 39-40.

masculina y visibilizar la diferencia sexual como un elemento constitutivo de la sociedad ecuatoriana.¹¹⁶

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 veintidós años, o ser o haber sido casado.” De esta manera, se coartó la pretensión de conceder estatus de ciudadana a la mujer.¹¹⁷

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”.¹¹⁸

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 LE. 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.¹¹⁹

A finales de la década de 1930, momento caracterizado por la pérdida del control político liberal, se reactualiza la discusión en torno a la autonomía de las mujeres para votar. El argumento fundamental para oponerse al

116 Prieto y Goetschel, “El sufragio femenino en Ecuador (1884-1940), en ¿Qué género tiene el derecho?, 138.

117 Rodas Morales, “De los inicios de la República a la Revolución Juliana”, en *Historia del voto femenino en el Ecuador*, 52-67.

118 *Ibid.*, 77-78.

119 *Ibid.*, 92-104.

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. Fue en 1928, durante el desarrollo de 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.¹²⁰

Efectivamente, en este escenario, a más de los actores políticos –liberales y conservadores–, se resalta la participación de las mujeres para lograr el reconocimiento de su derecho al sufragio. Si bien en 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.¹²¹

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 mediante 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.¹²² 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.¹²³

120 Prieto y Goetschel, “El sufragio femenino en Ecuador (1884-1940), en ¿Qué género tiene el derecho?, 135-40.

121 Rodas Morales, ed., *Historia del voto femenino en el Ecuador*, 16.

122 Ver el artículo de Jennie Carrasco Molina, “Una mirada histórica a la vida de las mujeres 1922-1960”, en Martha Moscoso Carvallo et al., *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), 194-229.

123 En esta línea se encuentra el artículo de Gladys Acosta Vargas, “La reforma legislativa: Instrumento de la construcción democrática”, en *Ciudadanía y participación política. Memoria del*

Fue la Asamblea de 1967 la que 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.¹²⁴

La acción política de las mujeres y la democratización del Estado

Los tradicionales criterios de discriminación debido al “sexo” emergieron en el proceso de elaboración de la CPE 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 fueran 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.¹²⁵

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 LAL. 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”.¹²⁶

Simposio: El abordaje de género en América Latina y su incidencia en los cambios socio-políticos, com. Guadalupe León (Quito: Abya-Yala, 1998), 30.

124 Alexandra Quezada, “Del derecho al voto a la presencia de las mujeres en la vida política nacional”, en *Historia del voto femenino en el Ecuador*, 188-190.

125 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-E, 2003), 68-73.

126 *Ibid.*

Frente a este tipo de posiciones, otras/os asambleístas 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 implica 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.¹²⁷

En este contexto, la acción y el discurso del movimiento de mujeres desempeñaron un rol fundamental. Ciertamente, 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 este 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.¹²⁸

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 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 –mediante 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

127 Ibíd.

128 Rocío Rosero, María del Pilar Vela y Ariadna Reyes, *De las demandas a los derechos. Las mujeres en la Constitución de 1998* (Quito: FNPME / CONAMU, 2000), 16-83.

otros, fueran acogidos por la comunidad política. De esta manera, el movimiento de mujeres logró hacerse visible como actor político colectivo.¹²⁹

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 en el año 1995 habían marcado un hito en la conquista de derechos desde la perspectiva de género. Esta experiencia permitió reconceptualizar el quehacer jurídico como un proceso de construcción coresponsable entre los actores sociales interesados –en este caso, las mujeres– y los actores legislativos.¹³⁰ Teniendo en cuenta los aprendizajes de esta experiencia de construcción colectiva de la ley, la formulación de propuestas para la AN de 1997-1998 logró convocar la participación de diversas 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.¹³¹

Y es que la AN 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.¹³²

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 confiaba en que el proceso de reformas constitucionales permitiría dotar al país de un nuevo marco

129 Silvia Vega, “La ciudadanía ‘incompleta’ de los movimientos de mujeres”, en *Mujer, participación y desarrollo* (Quito: CORDES, 2000), 83-243.

130 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, “Comisariías de la Mujer y la Familia: Contexto, evolución y perspectivas”, en Gloria Camacho et al., *Las comisariías de la mujer ¿Un camino hacia la justicia?* (Quito: CEPLAES, 2009), 29-36; Rocío Salgado, “La Ley 103 contra la Violencia a la Mujer y la Familia y la administración de justicia”, en *Las fisuras del patriarcado*, 121-4.

131 Rosero, Vela y Reyes, *De las demandas a los derechos*, 61-70.

132 Enrique Ayala Mora, “Introducción: Algunas reflexiones sobre la Asamblea Constituyente de 1997-1998”, en *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, 15.

jurídico respetuoso de la diversidad y promotor de la justicia, la equidad de género y la equidad social.¹³³

Entre las propuestas del movimiento de mujeres presentadas a la AN, se destacan aquellas 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 diversos temas de la agenda de las mujeres al interior de la Asamblea, el proceso de negociación de las propuestas incluyó el asesoramiento especializado a la Comisión VII mediante un equipo de asesoras del CNM, 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 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.¹³⁴

No obstante, la lucha del movimiento de mujeres no fue inútil. Es necesario resaltar el carácter histórico de la CPE 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.¹³⁵ El preámbulo es prueba de ello, al haber destacado el trabajo y sacrificio de hombres y mujeres para forjar

133 Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas y otras, *Nosotras en la Constitución. Propuestas de las Mujeres a la Asamblea Nacional Constituyente* (Quito: CPME, 1998).

134 Rosero, Vela y Reyes, *De las demandas a los derechos*, 80-3.

135 Ver, por ejemplo, Alejandra Cantos Molina, "El tratamiento de los problemas de género en la reforma constitucional", en *Alcances y limitaciones de la reforma política en el Ecuador 1998*, eds. Galo Chiriboga Zambrano y Rafael Quintero López (Quito: Asociación Americana de Juristas / Escuela de Sociología y Ciencias Políticas de la Universidad Central / ILDIS / Proyecto Latinoamericano para Medios de Comunicación, 1998), 244-50; y, Zonia Palán, "Nosotras en la

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.

Uno de los principales logros de la CPE 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 ley; b) la universalización de los derechos, con el reconocimiento de las particularidades de las mujeres; c) la prohibición de la discriminación por sexo, y d) el fomento de la equidad de género, especialmente, mediante medidas de acción afirmativa. 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.¹³⁶

Efectivamente, la centralidad de los derechos humanos y la incorporación transversal del enfoque de género en los derechos reconocidos (derecho a la integridad, derecho a la igualdad y no discriminación, derechos políticos, derechos sexuales y reproductivos, derechos económicos, sociales y culturales) distinguen el marco constitucional ecuatoriano de 1998.¹³⁷ La transversalización del enfoque de género en la Constitución posibilitaba

Constitución”, en *La nueva Constitución. Escenarios, actores, derechos*, Alejandro Moreano (Quito: Ciudad, 1998), 31-41.

136 Farith Simon C., “Las mujeres en la Constitución de agosto de 1998: Del reconocimiento formal de la igualdad al fomento de la equidad”, en *De las demandas a los derechos*, 158.

137 Judith Salgado, “Derechos humanos y género en el marco constitucional ecuatoriano”, en *Género y derecho constitucional*, comp. Fernando Flores Giménez (Quito: CEN, 2003), 125.

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.¹³⁸

En el ámbito internacional, la CPE 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 recaló su importancia, como instrumento jurídico fundamental, en la construcción de una sociedad no discriminatoria e incluyente y en el reconocimiento de la diversidad, como claves de la gobernabilidad democrática.¹³⁹

La CPE de 1998 reconoció varios derechos sexuales que aún no habían sido incorporados en la mayor parte de textos constitucionales de los países del mundo o en un instrumento internacional de carácter vinculante. Así, reconoció el derecho de las personas a no ser discriminadas debido a su orientación sexual; a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual; a contar con programas y acciones de salud pública que promuevan la salud sexual y reproductiva; y, a que no se utilice información referente a salud y vida sexual, salvo para satisfacer necesidades de atención médica. En esta medida, la Constitución representaba un avance, ya 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.¹⁴⁰

En definitiva, las demandas del movimiento de mujeres ecuatorianas fueron incorporadas a la CPE 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

138 Lola Valladares Tayupanta, "Los derechos de las mujeres en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998", *Foro: Revista de derecho*, n.º 2 (2003-2004): 63.

139 Del Campo y Magdaleno, "Avances legislativos de acción positiva en Bolivia, Ecuador y Perú", en *Mujeres y escenarios*, 279-80.

140 Salgado, *La reapropiación del cuerpo*, 54-63.

mujeres y hombres, incorporar el enfoque de género en planes y programas, y brindar asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

Una gran confianza fue depositada en la CPE 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.

La Constitución Política de 1998 como referente en la vida de las mujeres

La CPE, aprobada por la AN 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 AN, se destacan aquellas 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 CPE de 1998 fue vista como referente para la transformación de las condiciones de vida de las mujeres.

Uno de los principales logros de la CPE 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 género,¹⁴¹ 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.¹⁴² 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.¹⁴³

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.¹⁴⁴

141 Ecuador, *Constitución Política del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 3, 17, 23.3 y 41.

142 *Ibíd.*, art. 23.2 y 47.

143 *Ibíd.*, art. 23.25, 36 y 43.

144 *Ibíd.*, art. 34 y 36.

La institución familiar 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 madres, a padres y a 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.¹⁴⁵

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.¹⁴⁶

Un primer criterio de análisis en torno a los resultados obtenidos con la CPE de 1998 consiste en averiguar si el Estado surgido a partir de la aprobación de la Constitución fue capaz de materializar los mandatos del texto constitucional en favor de las mujeres.¹⁴⁷ La CPE 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 calificó los avances logrados como “en buena medida simbólicos”, debido a los límites de lo que denominó como el modelo hegemónico neoliberal.¹⁴⁸

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.¹⁴⁹

145 *Ibíd.*, art. 36, 39 y 40.

146 *Ibíd.*, art. 102.

147 Ventura Franch, *Las mujeres y la Constitución española de 1978*, 19.

148 Ver el artículo de Rocío Rosero, “Las mujeres ecuatorianas, la constituyente y la constitución”, *La Tendencia: Revista de análisis político*, n.º 5 (2007): 109. En el mismo sentido, ver Consejo Nacional de las Mujeres, *Agenda de las Mujeres para la nueva Constitución ecuatoriana* (Quito: CONAMU, 2008), 1.

149 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,

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.¹⁵⁰

Un segundo criterio que permite analizar los logros alcanzados con la CPE de 1998 es el énfasis que definió el accionar del movimiento de mujeres frente al Estado. Un lugar central en las propuestas del movimiento de mujeres ocuparon las reformas del CP y del CPP 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 materia.¹⁵¹

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 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.¹⁵²

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 eds. Andrade Ubidia, Trujillo y Viciano, *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, 11-7.

150 Alison Vásquez R., “Mujeres, trabajo y pobreza”, en Mercedes Prieto, ed., *Mujeres ecuatorianas. Entre las crisis y las oportunidades 1990-2004* (Quito: CONAMU / FLACSO-E / UNIFEM / UNFPA, 2005), 270-3.

151 Alejandra Cantos, “Escenarios de aplicación de los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador: visión crítica del nuevo Código de Procedimiento Penal”, en *Las fisuras del patriarcado*, 99-105.

152 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 *Reflexiones sobre Mujer y Política. Memorias del Seminario Nacional Los cambios políticos en Ecuador: perspectivas y retos para la mujer*, comp. María Fernanda Cañete (Quito: CEDIME / Abya-Yala / UNIFEM / KAS, 2003), 201-45.

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 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.

En este mismo sentido se ha señalado que la acción ciudadana de las mujeres dejó 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 guía la elaboración y puesta en práctica de las demandas de las mujeres, siendo necesario, entonces, hacer visible las heterogeneidades que cruzan las identidades de género.¹⁵³

La Constitución del año 2008 y las demandas de las mujeres en torno a la justicia, la igualdad y la redistribución

Una década después, el movimiento de mujeres señaló que el Estado surgido a partir de la aprobación de la CPE de 1998 no fue capaz de concretar las demandas de las mujeres. 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

153 Vega, “La ciudadanía ‘incompleta’ de los movimientos de mujeres”, en *Mujer, participación y desarrollo*, 244-54.

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.¹⁵⁴

Considerar dimensiones económicas, desde una perspectiva de género, significaba enfatizar la división que existe entre el trabajo remunerado productivo y el trabajo no remunerado reproductivo y doméstico, así como la división todavía presente 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 afrodescendientes, 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.¹⁵⁵

De esta manera, en el contexto político de la AC, la denominada “Agenda de las Mujeres”¹⁵⁶ –construida por mujeres de diversos espacios, organizaciones y redes, a partir de una serie de encuentros de carácter nacional, regional, provincial y cantonal– puso énfasis en la transformación de

154 Nancy Fraser, “La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, *Revista de Trabajo* 4, n.º 6 (2008): 1-16.

155 *Ibid.*

156 Consejo Nacional de las Mujeres, *Agenda de las mujeres para la nueva Constitución ecuatoriana*, 1-3.

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 AN.¹⁵⁷

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 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.
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.

157 Ximena Abarca Durán, “Presentación”, en Consejo Nacional de las Mujeres, *Agenda de las mujeres*, t. 1 (Quito: Maxigraf, 2008).

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.¹⁵⁸

Los derechos de las mujeres fueron articulados de manera integral en los diferentes ámbitos y contenidos de la CRE de 2008, mediante un lenguaje inclusivo y de género. En efecto, desde el preámbulo 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.

El nuevo texto constitucional caracteriza al Ecuador como Estado laico.¹⁵⁹ 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.¹⁶⁰ La separación entre la

158 Consejo Nacional de las Mujeres, *Agenda de las mujeres*, 3-6.

159 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1, inc. 1, 3.4 y 28.4.

160 Consejo Nacional de las Mujeres, *Agenda de las mujeres*, 4.

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 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.¹⁶¹

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 CPE de 1998. Justamente, las mujeres organizadas habían acordado no ceder ninguno de los derechos conquistados.¹⁶² Por esta razón, las propuestas que fueron presentadas a la AN pusieron énfasis en la protección de derechos como la igualdad, la integridad personal 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, los 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 CRE de 2008 garantiza el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.¹⁶³ 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.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵

161 Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: Abya-Yala / UASB-E, 2011), 221-31.

162 Rosero, "Las mujeres ecuatorianas, la constituyente y la constitución", 109-13.

163 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66.4.

164 *Ibid.*, art. 11.

165 *Ibid.*, art. 11 y 341.

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.¹⁶⁶ 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 otras formas de violación de la libertad.¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸ 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.¹⁶⁹

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.¹⁷⁰ 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.¹⁷¹ 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 posparto.¹⁷²

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.¹⁷³ 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

166 *Ibíd.*, art. 66.3.

167 *Ibíd.*, art. 66.29.

168 *Ibíd.*, art. 78.

169 *Ibíd.*, art. 81.

170 *Ibíd.*, art. 66.9.

171 *Ibíd.*, art. 66.10.

172 *Ibíd.*, art. 363.

173 *Ibíd.*, art. 67.

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.¹⁷⁴

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.¹⁷⁵ De la misma manera, garantiza a las mujeres embarazadas y en período 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 período de lactancia.¹⁷⁶ Además, reconoce a las mujeres embarazadas y en período de lactancia privadas de la libertad el derecho a recibir un tratamiento preferente y especializado.¹⁷⁷

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 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.¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹ Además, incluye el compromiso del Estado orientado a garantizar la aplicación de los derechos colectivos

174 *Ibíd.*, art. 69.

175 *Ibíd.*, art. 42.

176 *Ibíd.*, art. 43.

177 *Ibíd.*, art. 51.

178 *Ibíd.*, art. 57.10.

179 *Ibíd.*, art. 171.

sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.¹⁸⁰

Tal como lo hizo la CPE de 1998, la CRE de 2008 contiene disposiciones relativas a la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías determinados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes.¹⁸¹ En este sentido, 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 ideología jurídico-política cristalizada en el texto constitucional.¹⁸² La eliminación de las condiciones que producen y mantienen las inequidades de género requiere una labor de precisión del alcance y significado del principio de igualdad entre los sexos, lo que implica una “apertura” del texto constitucional a apreciaciones de carácter histórico, político, social y cultural que inevitablemente van a incidir en el proceso de interpretación de las normas.¹⁸³

Es en este marco que los siguientes capítulos estudian los procesos de construcción de la ciudadanía de las mujeres, a partir de una mirada crítica de los discursos elaborados en torno a lo femenino y lo masculino, así como las relaciones entre los géneros, desde la aprobación de la CPE de 1998 hasta la adopción de la CRE de 2008.

180 *Ibid.*, art. 57, inciso final.

181 Art. 18 de la CPE de 1998 y art. 11 de la CRE de 2008.

182 Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación jurídica*, 122.

183 Álvarez Conde, Amaral y Arnold, *Mujer y Constitución en España*, 11-22.

Capítulo 3

GÉNERO E INTERPRETACIÓN JUDICIAL: LA DIMENSIÓN CONSTRUCTIVA DE LA JURISPRUDENCIA

Ha sido necesario destacar la complejidad de las expectativas de las mujeres que se han movilizado por reformas constitucionales y legales, no solo 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.¹⁸⁴ El impacto de las reformas —es decir, el modo como son 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.¹⁸⁵

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 géneros, qué imagen respecto de las relaciones entre los géneros 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 eliminación de las inequidades de género implica una profunda transformación de las condiciones que permiten su

184 Ver, por ejemplo, Pitch, *Un derecho para dos*, 2003.

185 *Ibid.*, 235.

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 TC. 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.¹⁸⁶

En este contexto, sin duda alguna, los principales problemas constitucionales sobre los derechos de las mujeres han servido para cuestionar roles, espacios, atributos y responsabilidades asignados a hombres y mujeres sobre la base del sexo.¹⁸⁷ Este dato muestra que el problema es más complejo, pues no solo 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 solo una de las caras visibles de esta fragilidad.¹⁸⁸

Son varios los cuestionamientos que 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 las labores de interpretación, sistematización o transformación

186 Álvarez Conde, Amaral y Arnold, *Mujer y Constitución en España*; Ángeles Vivas, dir., *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004); Balaguer, *Mujer y Constitución*; Ventura Franch, *Las mujeres y la Constitución española de 1978*; Flores Giménez, coord., *Género y derecho constitucional*.

187 Villanueva Flores, "Género y justicia constitucional en América Latina", en *Género y derecho constitucional*, 38-9.

188 Luisa Cabal, Cristina Motta y María del Rosario Velásquez, comp., *Más allá del derecho: Justicia y género en América Latina* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 2006), 10.

del derecho están dotadas de criterios valorativos.¹⁸⁹ 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.¹⁹⁰ 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 cómo 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.¹⁹¹

Hay que reconocer que mediante el 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 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

189 Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución* (Madrid: Tecnos, 2003); Antonio Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 2004); Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003); Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*; Francisco Rubio Llorente, et al., *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, [Barcelona: Ariel, 1995]; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1983); Víctor Ferreres Comelia, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997); Francisco J. Bastida Freijedo, et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Madrid: Tecnos, 2004); Luis Aguiar de Luque y Pablo Pérez Tremps, dir., *Veinte años de jurisdicción constitucional en España* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002); Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 1997).

190 José García Añón, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, ed. Javier de Lucas, 311.

191 Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en *Género y derecho*, ed. Alda Facio y Lorena Fries (Santiago de Chile: LOM, 2011), 211.

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.¹⁹²

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 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).¹⁹³

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*. Se propone además evaluar el valor simbólico de las decisiones judiciales frente a temas especialmente sensibles al género.¹⁹⁴ Los alegatos, citas, doctrinas, 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. 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 sobre las relaciones entre los géneros, compartida por otros discursos sociales, que atribuye ciertos roles, características y lugares a hombres y mujeres y que perdura más allá

192 Ana Elena Obando, “Las interpretaciones del derecho”, en *Género y derecho*, 163.

193 Sofía Harari y Gabriela L. Pastorino, “Acerca del género y el derecho”, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, 125.

194 Motta, dir., *Observatorio legal de la mujer*, 57-8.

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. Mediante 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.¹⁹⁵ 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 solo 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.¹⁹⁶ 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 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 con 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

195 Harari y Pastorino, "Acerca del género y el derecho", en *El derecho en el género y el género en el derecho*, 121-45.

196 Zarela Villanueva Monge, "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), 488-98.

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 tratar 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.¹⁹⁷

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.

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 de 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”¹⁹⁸ 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 positivarse. Se abandonará el intento de aplicación neutral de las normas y se pasará a ponderar los principios en juego. Una misma medida podrá ser considerada constitucional,

197 Rocío Villanueva Flores, “Análisis del derecho y perspectiva de género”, en *Sobre género, derecho y discriminación* (Lima: PUCP, 1999), 30-45.

198 Andrés Ollero, “Valores, principios, normas, dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21-II (1998): 307-17.

o no, según los juicios de valor empleados.¹⁹⁹ 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.²⁰⁰ 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.²⁰¹ 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 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 TC del Ecuador.

La igualdad como conquista jurídica y política: La igualdad formal y la igualdad sustancial

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.²⁰² 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

199 Claudia Storini. "Hermenéutica y Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 5 (2001): 221-46.

200 Aunque este peligro está presente debido a la misma configuración de los principios.

201 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), 14-9.

202 Ver María José Añón, *Igualdad, diferencia y desigualdades* (México DF: Fontamara, 2001), 37-43.

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 uso de rasgos diferenciadores, como el sexo, la etnia, la clase social, la religión, la ideología, la lengua, la orientación sexual, la discapacidad, entre otros, sin excepción alguna. La aplicación de un trato jurídico distinto requiere, entonces, una justificación fundada y razonable.²⁰³

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 quienes 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.²⁰⁴

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, la orientación sexual, la discapacidad, entre otros.²⁰⁵

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

203 *Ibíd.*, 37-8.

204 *Ibíd.*, 39-40.

205 *Ibíd.*, 43.

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.²⁰⁶

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.²⁰⁷ 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, sin embargo, ser complementadas. Así, partiendo del principio de igualdad formal, los ordenamientos jurídicos han dado cabida al 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 este su cauce y su límite.²⁰⁸

De esta manera, en el Estado social y democrático de derecho, la igualdad real sería la proyección más importante del principio jurídico

206 Alfonso Ruiz Miguel, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 40-1.

207 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* (Bolonía: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975), 136-7.

208 Antonio Torres del Moral, "¿Qué Igualdad?", *Revista de Derecho Político*, n.º 44 (1998): 94.

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.

El sentido antidiscriminatorio y emancipador de las acciones positivas

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.²⁰⁹

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.²¹⁰

Se trata de aquellas situaciones de desigualdad 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 la legislatura 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.²¹¹

Las medidas de acción afirmativa o positiva suponen la creación de mecanismos de carácter diferenciado para favorecer a personas o colectivos

209 Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez, "Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 11 (1994): 144.

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

211 Ruiz Miguel, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", 53-5.

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 o incentivo o 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.²¹²

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 ese no es su papel principal, que si acaso es colaboradora con el varón (para él ese sí que es su papel principal) en el sostenimiento económico de la familia, y que se le permite desarrollar esa función «secundaria» solo en la medida en que sea capaz de compatibilizarla con su función «principal», solo 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.²¹³

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 las mujeres, los indígenas, las personas con discapacidad, las minorías étnicas, etc.– y tienen como finalidad superar la situación de discriminación que padecen, como grupos, garantizando la igualdad de oportunidades, reparando los efectos de las discriminaciones presentes y previniendo discriminaciones futuras.

Es por ello por lo que, generalmente, la instrumentalización de las medidas de acción afirmativa suele producirse mediante los denominados “programas de igualdad de oportunidades”. Se trata de planes orientados a promover la participación equitativa de las mujeres –como colectivo– en los procesos de elaboración y transmisión del conocimiento; equilibrar cualitativa y cuantitativamente su participación en el mundo laboral; promover

212 Ver, por ejemplo, García Añón, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, ed. Javier de Lucas, 76.

213 María Ángeles Martín Vida, “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.º 53 (1998): 318.

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.²¹⁴ 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.

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, reconocimiento social).²¹⁵

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,

214 Ver Teresa Pérez del Río, "La discriminación positiva", en *Mujer, derecho y sociedad* (Sevilla: Fundación El Monte, 1996), 336-7; y, Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, 69.

215 Señala la autora que la diferencia entre medidas que inciden en la igualdad de oportunidades y medidas que afectan la igualdad de resultados ha sido establecida por quienes cuestionan su legitimidad, 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 favorecerían la igualdad de oportunidades de los grupos en desventaja 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, estas causarían un perjuicio a quienes no forman parte del grupo favorecido por la medida. Pero 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. Añón, *Igualdad, diferencia y desigualdades*, 47-50.

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.²¹⁶

Según las funciones que cumplen, se distinguen tres clases de medidas de acción afirmativa: medidas de concienciación, medidas de facilitación y medidas de retribución.²¹⁷ 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.²¹⁸

216 Sobre el concepto de acciones afirmativas o de políticas para llevar a cabo con la protección del principio de igualdad o la lucha contra la discriminación no existe una definición normativa clara ni un 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, las 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. Para un análisis de este tema se recomienda consultar las obras de José García Añón, “Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa. Los problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo”, en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* ed. Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Quito: MJDH, 2010), 249-83 y “Representación política de las mujeres y cuotas”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, n.º 11 (2002); “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 *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, ed. I. Campoy (Madrid: Dykinson, 2004), 75-112.

217 García Añón, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, 320.

218 En este grupo Añón, menciona las medidas encaminadas a la sensibilización de la opinión pública sobre las situaciones de violencia que sufren las mujeres debido al sexo y las medidas orientadas a evitar la transmisión de estereotipos sexistas en los mensajes publicitarios y en los contenidos de los medios de comunicación. Añón, *Igualdad, diferencia y desigualdades*, 53,

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).²¹⁹ 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 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 defienda, por ello, el debate sobre las acciones positivas tiene componentes de carácter filosófico y político.²²⁰

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. 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 discriminación inversa favorecen a estos grupos, de manera temporal, hasta que se supere

219 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 Añón, *Igualdad, diferencia y desigualdades*, 53-4.

220 David Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 166.

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.²²¹

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.²²²

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.²²³ 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 solo de oportunidades.

221 *Ibid.*, 167-71.

222 En este sentido: Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, 168-70; Ma. Ángeles Barrère Unzueta, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres* (Madrid: Civitas, 1997), 83-5; María Elósegui Itaxo, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres* (Madrid: Universidad de Zaragoza / CEPC, 2003), 170-84.

223 Barrère Unzueta, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, 30.

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.²²⁴

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 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 rechaza su legitimidad con el argumento de que mediante 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.²²⁵

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. 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.²²⁶

224 Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, 82-195.

225 *Ibid.*

226 Ver, por ejemplo, García Añón, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, 322.

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 debido a la discriminación de la que fueron objeto en el pasado las mujeres. Los varones aparecen 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 solo 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).²²⁷

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.

Desde otra perspectiva, se duda de la solvencia de dicho argumento y se cuestiona la carga peyorativa que se 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

227 Ver Manuel Atienza, “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996), 119; Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, 70-1; 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)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 47 (1996): 325-8; y, Teresa Pérez del Río, “La discriminación positiva”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, 327-8.

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.²²⁸

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.²²⁹

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 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 mediante las medidas de discriminación inversa es la igualdad de resultados, entonces se estaría atentando contra la libertad individual.²³⁰

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. Este 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.²³¹

228 María José Añón, *Igualdad, diferencia y desigualdades*, 56.

229 Alfonso Ruiz Miguel, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 130-1.

230 Pérez del Río, “La discriminación positiva”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, 328; y, Rey Martínez, “La discriminación positiva de mujeres”: 328-9.

231 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 noviembre de 1997, as. C-409/95, *Marschall*)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 3 (1998): 195.

Partiendo 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:

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 estas. 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.²³²

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 solo 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.²³³

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

232 Martín Vida, "Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia 'Marschall'": 325.

233 García Añón, "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo", en *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, 333-6.

y perjuicios, por ello, la igualdad de resultados es la extensión lógica de la igualdad de oportunidades.²³⁴

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”).²³⁵ 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, 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.²³⁶

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

234 Aída Kemelmajer de Carlucci, “Las acciones positivas”, *Jueces para la Democracia*, n.º 41 (2001): 55-6.

235 Carmen Otero García-Castrillón, “Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la política social comunitaria”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 12 (2002): 493-4.

236 María Vittoria Ballestrero, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 100.

grupos. Sin embargo, el caso de las mujeres –blancas y negras, mestizas e indígenas, ricas y pobres, empleadas y desempleadas, adultas y jóvenes, con educación formal y analfabetas, urbanas y rurales, con y sin discapacidad– es singular, pues no constituyen propiamente un “grupo” sino la mitad de la población.

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 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.²³⁷

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.²³⁸

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

²³⁷ *Ibid.*, 92-3.

²³⁸ Consultar las obras de Barrère Unzueta: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, 85-122 y “De la acción positiva a la discriminación positiva en el proceso legislativo español”, *Jueces por la democracia*, n.º 51 (2004), 28-9.

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.²³⁹

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 pertenencia o exclusión de un grupo,²⁴⁰ 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 etnia, la clase social, la edad, la religión, la opinión o ideología política, la orientación sexual, la discapacidad, entre otros–, 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 mediante 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.²⁴¹

239 Barrère Unzueta: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, 122.

240 Rey Martínez, “La discriminación positiva de mujeres”: 327-8.

241 Teresa Pérez del Río, “La discriminación positiva”, en *Mujer, derecho y sociedad*, 323-5. Algunos ejemplos de estas medidas son: 1. 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, eds., *Igualdad y no discriminación*, 287); y, 2. 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 afrodescendientes (John Antón Sánchez, “Afroecuatorianos: Reparaciones y

Pues bien, si el problema de la desigualdad de las mujeres no es solo individual sino fundamentalmente grupal, la previsión de ciertas medidas (como las cuotas, las preferencias, etc.) 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 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.²⁴²

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 ser considerado como una discriminación. El derecho antidiscriminatorio admite un concepto de discriminación grupal que se refiere a la violación de la igualdad de los grupos.

Algunos elementos configuran la discriminación que afecta a las mujeres, en cuanto grupo.²⁴³ 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.²⁴⁴ Además, la discriminación que

acciones afirmativas”, en *Igualdad y no discriminación*, eds. Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 333.

242 Alfonso Ruiz Miguel, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 137-8.

243 Ver Barrère Unzueta, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, 28-9 y la misma autora en “De la acción positiva a la “discriminación positiva en el proceso legislativo español”, 27-8.

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

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 diversos entornos de carácter local, comunitario, nacional y transnacional. 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 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 solo 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.²⁴⁵

El principio de igualdad en la jurisprudencia latinoamericana

Como nos muestra Cristina Motta, mediante el 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, además, da cuenta del proceso mediante el cual temas como la discriminación experimentada en espacios y relaciones privados llegan a ser objeto de

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

245 Judith Astelarra, "Alcance y limitaciones de las políticas de igualdad de oportunidades", en *Ciudadanía y participación política*, comp. Guadalupe León (Quito: CEIME, 1998), 17-24.

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, la discriminación por motivos de género y las acciones afirmativas a favor de las mujeres. La jurisprudencia latinoamericana deja ver cómo los discursos judiciales pueden llegar a reforzar las diferencias basadas en el sexo o, por el contrario, discutir la tradicional y dicotómica adjudicación de roles entre los géneros.²⁴⁶

Los problemas jurídicos en torno a la incapacidad de las mujeres para desempeñar determinados oficios y la validez de los actos mercantiles ejecutados por la mujer casada son abordados por la jurisprudencia latinoamericana, a inicios del siglo XX, dentro del marco de la igualdad formal. Así, de acuerdo con la CSJ de la Nación Argentina son inadmisibles las restricciones a los derechos de las mujeres –como negarles el ejercicio de la actividad notarial– que no están amparadas en las garantías primarias de la Constitución, como son la igualdad ante la ley, el derecho de aprender, de trabajar, de no ser privado de lo que la ley no prohíbe, sin fundamento legal expreso.²⁴⁷ Asimismo, a finales del siglo XX, la CSJ de Panamá declara inconstitucional la norma del Código de Comercio que 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 a la mujer casada, en opinión de la Corte, constituye una violación del principio constitucional de igualdad ante la ley consagrado en la Carta Magna.²⁴⁸

Más adelante la jurisprudencia de la región se orientará por la igualdad material, concibiendo al derecho como un instrumento capaz de corregir los problemas que impiden la plena participación de las mujeres. Así, ante un recurso planteado por padres de familia del Colegio Nacional de Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, para que se impida el ingreso de mujeres a dicho establecimiento de educación secundaria, la CSJ de la Nación Argentina sostiene que la decisión de las autoridades universitarias está orientada a remover los obstáculos de carácter discriminatorio que impiden la plena participación de las jóvenes

246 Cristina Motta, "Ciudadanía", en *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, eds. Cristina Motta y Macarena Sáenz (Bogotá: Siglo del Hombre / American University Washington College of Law / Center for Reproductive Rights, 2008), 43-4.

247 Argentina Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Sentencia", en *Caso de Ángela Camperchioli*, 24 de noviembre de 1921.

248 Panamá Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Acción de inconstitucionalidad del artículo 26 del Código de Comercio*, 8 de febrero de 1994.

en la vida educacional de su provincia. Para el Alto Tribunal, tal decisión permite, además, cumplir con las convenciones internacionales que obligan al país a integrar a las mujeres en todos los aspectos de la vida social y cultural y a eliminar las barreras que se interpongan en ese camino.²⁴⁹

Se encuentran también aquellos esfuerzos realizados por los jueces de la región, durante la década de 1990, 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 diferente en favor de las mujeres cuando con ello se las compensa por la histórica situación de exclusión. Estas decisiones configuran una amplia jurisprudencia que reconoce la legitimidad de las acciones afirmativas que adoptan los poderes públicos con el propósito de terminar con la histórica situación de inferioridad impuesta al colectivo femenino. Se trata de medidas dirigidas a corregir las desigualdades *de facto* en que se encuentran las mujeres, compensarles por la relegación sufrida y promover la igualdad real y efectiva de la mujer en diversos órdenes de la vida social.²⁵⁰ En este grupo de decisiones se encuentra la de la CC de Colombia que niega la pretensión de un ciudadano para que se declare la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Social que establecía requisitos de edad diferenciados para el acceso y disfrute de la pensión de vejez según el sexo, que favorecían a las mujeres. En opinión de la Corte, la igualdad sustancial tiene un carácter remedial en favor de personas y grupos que han sido colocados en condiciones de inferioridad, por tanto, los poderes públicos tienen el compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo de los derechos.²⁵¹

De forma similar se pronuncia la CSJ del Perú al negar la demanda de inconstitucionalidad de una ley que modificaba el cálculo de las pensiones de cesantía e invalidez estableciendo diferencias entre hombres y mujeres que beneficiaban a estas últimas. La Corte confirma la constitucionalidad de las normas demandadas por considerar que constituyen una legítima acción afirmativa establecida en favor de las mujeres, argumentando que, si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en ocupaciones de orden social, no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada; por el contrario, buena parte de la sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales

249 Argentina Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Sentencia", en *Caso Cristina González de Delgado y otros contra Universidad Nacional de Córdoba*, 19 de septiembre de 2000.

250 Motta, "Ciudadanía", en *La mirada de los jueces*, 53-7.

251 Colombia Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso C-410*, 1994.

que relegan al colectivo femenino a un rol secundario. 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 respecto de las medidas que favorecen a los colectivos socialmente postergados, como es el caso de las mujeres, determinados grupos étnicos, algunos grupos religiosos, los extranjeros, entre otros. Se vincula la aplicación de las medidas de acción positiva a la necesidad de luchar contra la discriminación que sufren las mujeres, como colectivos.²⁵²

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 CC de Colombia representa un adelanto 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.²⁵³

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. La decisión de la CSJ de El Salvador ilustra esta afirmación, cuando confirma la constitucionalidad de la norma del CP salvadoreño que, dentro del título dedicado a los “delitos contra el pudor y la libertad sexual”, sancionaba de forma extremadamente leve, de tres meses a dos años, la violación cometida en una “mujer que se dedicare a la prostitución”. De acuerdo con la Corte, la figura delictual acusada debía 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.²⁵⁴

Mediante la interpretación judicial los jueces latinoamericanos también cuestionan la histórica asignación de roles entre los géneros. Nuevamente es la CC de Colombia la que analiza la inconstitucionalidad de la expresión “madre” contenida en la normativa que creaba el sistema de seguridad social y que adoptaba disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales. Según esta normativa, la madre trabajadora,

252 Perú, Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, *Inconstitucionalidad de la ley 28449*.

253 Motta, “Ciudadanía”, en *La mirada de los jueces*, 74-85.

254 El Salvador Corte Suprema de Justicia Sala de lo Constitucional, “Sentencia”, en *Inconstitucionalidad del artículo 196 del Código Penal*, 10 de septiembre de 1990.

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 de la norma en el entendido de que el beneficio pensional se haga extensivo al padre cabeza de familia de hijos con discapacidad que dependan económicamente de él, argumentando que, al reconocerse el beneficio pensional exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo con discapacidad que depende económicamente del padre cabeza de familia. Sostiene la Corte que el padre también puede hacerse cargo del hijo con discapacidad y que también está en capacidad de brindarle los cuidados y atención necesarios. De esta manera, el derecho es utilizado para romper definitivamente con aquellas clasificaciones que colocan a determinados sujetos en situación de inferioridad.²⁵⁵

El Tribunal Constitucional y el principio de igualdad y no discriminación

El art. 23 de la CPE de 1998 consagraba el principio de igualdad del que se desprendería 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 establecía 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 TC del Ecuador construyó un discurso sobre el principio de igualdad asentado en la dignidad humana,²⁵⁶

255 Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso C-989*, 2006.

256 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 020-2003-TC*, 29 de julio de 2003. En este mismo sentido, Ecuador Tribunal Constitucional Tercera Sala, “Sentencia”, en

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 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”.²⁵⁷

Con estas resoluciones se vincula el análisis del principio de igualdad al concepto de Estado social de derecho,²⁵⁸ afirmando que la dignidad es el nexo entre las condiciones de vida del ser humano y la razón de ser de dicho Estado. Este 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 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.²⁵⁹

De acuerdo con el Tribunal, el art. 23, num. 3, de la Constitución consagra el principio de igualdad ante la ley, como un principio que “impide

Resolución n.º 0754-2003-RA, 27 de enero de 2004; Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0038-2006-TC*, 16 de agosto de 2007; Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0016-2007-TC*, 2 de octubre de 2007.

257 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 020-2003-TC*, 29 de julio de 2003.

258 *Ibid.* En el mismo sentido: Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 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, 28 de septiembre de 2004; y, Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0016-2007-TC*, 2 de octubre de 2007.

259 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 020-2003-TC*, 29 de julio de 2003.

que el ordenamiento jurídico positivo realice discriminaciones o distinciones arbitrarias entre sujetos que se encuentran dentro de un mismo *tertium comparationis*".²⁶⁰

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".²⁶¹

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 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.²⁶²

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 art. 23, num. 3 de la CPE [de 1998]".²⁶³

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 (etnicidad, sexo, filiación política, etc.)".²⁶⁴ 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

260 Ecuador Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Resolución n.º 0003-2002-DI*, 20 de mayo de 2004.

261 Ecuador Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Resolución n.º 031-2002-TC*, 28 de enero de 2003.

262 *Ibíd.*

263 *Ibíd.*

264 *Ibíd.*

gozando si no se hubiera producido dicho trato desigual,²⁶⁵ así como que el legislador podía realizar distinciones o diferenciaciones entre sujetos y grupos de personas siempre y cuando estas no sean arbitrarias y obedezcan a factores objetivos determinados por criterios de razonabilidad.²⁶⁶

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.²⁶⁷

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”:

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.²⁶⁸

El estudio de la jurisprudencia demuestra que el TC 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

265 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 027-2003-TC*, 3 de febrero de 2004.

266 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 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*, 28 de septiembre de 2004. En este mismo sentido, Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0017-2004-TC*, 1 de marzo de 2005; y, Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0033-04-TC, 0042-04-TC y 0043-04-TC*, 18 de abril de 2006.

267 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 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*, 28 de septiembre de 2004.

268 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0038-2006-TC*, 16 de agosto de 2007.

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, numeral 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 económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole” [...] pues estas 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”.²⁶⁹

La igualdad y no discriminación en razón del sexo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Cuando la discriminación está en la norma

Para evaluar el rol que el TC 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 TC conoció²⁷⁰ 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 de Residencia del Consejo del Instituto Nacional Galápagos (INGALA)²⁷¹ y del Gerente General del INGALA.

269 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0030-2006-TC*, de 3 de julio de 2007.

270 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Caso 0137-06-RA*, 15 de noviembre de 2006.

271 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

La Resolución n.º 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 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

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 un Comité de Calificación y Control de Residencia.

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 art. 17 *ibídem*, dice: “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.” 3. Artículo 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 art. 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 art. 18 y 163 de la CPE.

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 art. 24, num. 17 y 35 de la CPE, 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 n.º 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 TC.²⁷² Se trata de la acción de revisión de constitucionalidad de la disposición contenida en el num. 7 del art. 217 del CPC, 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.º 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.

272 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Caso 002-2004-DI*, 19 de octubre 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 TC 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 a la legislatura precisamente con la finalidad de acabar con aquellas 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”;²⁷³ 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

273 Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias, herejías constitucionales* (México DF: FCE, 2002), 85.

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 mediante el 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 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, numeral 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 CETFDM, 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 CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION 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 CPE 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 CPC 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. 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.

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–, estos 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 buscan alentar a que las mujeres, como colectivo, alcancen la igualdad real en el campo de la política.²⁷⁴

²⁷⁴ Ver Guadalupe Gómez-Ferrer Morant, *Hombres y mujeres: el difícil camino hacia la igualdad* (Madrid: Complutense, 2002), 427-43; y, María Luisa Balaguer Callejón, “Desigualdad

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.²⁷⁵

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 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 solo 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.²⁷⁶

Sin embargo, hay que entender que la expresión “democracia paritaria” no solo 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

compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español. Situaciones comparadas”, en *Mujer y Constitución en España*, 385-6.

275 María Antonia Trujillo, “La paridad política”, en *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold (Madrid: CEPC), 362-3.

276 Paloma Biglino Campos, “Las mujeres en los partidos políticos. Representación, igualdad y cuotas internas”, en *Mujer y Constitución en España*, 414.

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 solo 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.²⁷⁷

La participación política de las mujeres en condiciones de igualdad es vista además como condición necesaria para reformular el contenido del contrato social. En 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 cuotas de presencia femenina en la vida política no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr mayores cuotas 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.²⁷⁸

Debido a 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 Ecuador.

La participación de las mujeres, un desafío para la democracia

Como ya se evidenció, las acciones positivas han sido definidas como medidas de 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 pertenencia étnica, el sexo, la discapacidad,

277 Julia Sevilla Merino, *Mujeres y ciudadanía: La democracia paritaria* (Valencia: Institut Universitari d' Estudis de la Dona / Universitat de València, 2004), 27-39.

278 María Ángeles Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva* (Madrid: Civitas, 2003), 211.

la edad, determinadas minorías nacionales, lingüísticas, religiosas, 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 cuenta las diferencias para alcanzar la normativa. En segundo lugar, se deben considerar 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.²⁷⁹

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.²⁸⁰ 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

279 José García Añón, "Representación política de las mujeres y cuotas", *Derechos y libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, n.º 11 (2002): 349.

280 Mari Fe Blanes Soliva, "Mujeres y política: Las cuotas electorales", *Ágora: Revista de Ciencias Sociales* (2000), 214.

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 desempeñar funciones tradicionalmente atribuidas de forma casi exclusiva a los varones.²⁸¹

Básicamente existen tres tipos distintos de cuotas electorales. 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, este 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 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.²⁸²

281 Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, 204.

282 Ver, por ejemplo, García Añón, "Representación política de las mujeres y cuotas": 366-71; Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, 204-6; y, Ángel Lázaro Riol, "Igualdad de sexos y representación política. Propuestas legislativas y reticencias jurisprudenciales", *Ágora: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 4 (2000): 47-8.

El debate en torno a la legitimidad de las cuotas electorales en favor de las mujeres

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 estas 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.²⁸³ 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 diferencias permanentes, como es el caso del sexo:

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.²⁸⁴

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”,

283 Louis Favoreu, “Principio de igualdad y representación política de las mujeres. Cuotas, paridad y Constitución”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 50 (1997): 21-4.

284 Fernando Rey Martínez, “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, *AequAlitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, n.º 1 (1999): 56-7.

pues aquello restringe el ejercicio de un derecho fundamental, con base en el sexo del candidato.²⁸⁵

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 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 solo a los pertenecientes al grupo precisamente aventajado gozar plenamente de dicho derecho.²⁸⁶

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 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.).²⁸⁷

285 Lázaro Riol, “Igualdad de sexos y representación política”: 49-55.

286 María Vittoria Ballestrero, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 107.

287 Trujillo, “La paridad política”, 381.

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.²⁸⁸ A esta objeción puede responderse que no existe un derecho individual a ser candidato.²⁸⁹ En efecto, nadie tiene *per se* un derecho perfecto a ser elegido o a ocupar un cargo y desempeñar una función pública. No es este 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.

Las cuotas electorales –y la distinción que conllevan entre candidatos debido a 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 diptados 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.²⁹⁰ 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

288 Favoreu, “Principio de igualdad y representación política de las mujeres”: 22-3.

289 Blanes Soliva, “Mujeres y política: Las cuotas electorales”: 200.

290 Favoreu, “Principio de igualdad y representación política de las mujeres”: 24; Lázaro Riol, “Igualdad de sexos y representación política”: 55; Rey Martínez, “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”: 57.

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 interés general más atractiva y comprensiva de la efectivamente vigente.²⁹¹

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. 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. Se plantea que 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.²⁹² 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. Solo 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 realidad.²⁹³

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 resultados,²⁹⁴ ya que

291 Sevilla Merino, *Mujeres y ciudadanía: La democracia paritaria*, 49.

292 Fernando Rey Martínez, “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, en *AequAlitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, n.º 1: 57.

293 Sevilla Merino, *Mujeres y ciudadanía: La democracia paritaria*, 63-125; María Ángeles Durán, “Las mujeres en la vida política”, en *Ágora: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 4 (2000): 23.

294 Alfonso Ruiz Miguel, “Paridad Electoral y Cuotas Femeninas”, en *AequAlitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, n.º 1: 48-50.

la decisión de los/las votantes no solo depende de la oferta electoral sino de múltiples factores de carácter político, social y cultural.

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

La previsión legislativa de cuotas en las listas de los partidos políticos ha sido uno de los aspectos más destacados de la década del 90 en América Latina. Varios países latinoamericanos adoptaron –con diversos matices– las denominadas “leyes de cuotas”, mediante las cuales se establecían porcentajes mínimos de participación de mujeres como candidatas en los procesos de carácter electoral.²⁹⁵ 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 los sistemas políticos latinoamericanos.²⁹⁶

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 CC de Colombia, a finales de los años 90, cuando se sometió a su conocimiento el proyecto de Ley Estatutaria n.º 62/98 Senado y n.º 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. En aquella oportunidad, el Alto Tribunal declaró inexecutable esta regulación por considerar, entre otras razones, que significaba una injerencia estatal arbitraria en la organización interna de los partidos políticos.²⁹⁷

En efecto, de acuerdo con el argumento de la CC colombiana, la injerencia estatal en la organización interna de los partidos políticos estaba proscrita por la Constitución. En apoyo de su opinión, la Corte indicó que

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

296 Esther del Campo y Evelyn Magdaleno, “Avances legislativos de acción positiva en Bolivia, Ecuador y Perú”, en *Mujeres y escenarios ciudadanos*, 282.

297 Motta, “Ciudadanía”, en *La mirada de los jueces*, 73.

eran 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). Enfatizó que 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, y, agregó que, aunque pueda parecer loable 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 significaba que los partidos y movimientos políticos colombianos no puedan adoptar medidas encaminadas a garantizar una mayor participación femenina, de forma voluntaria, ya que aquellas no podían proceder de una imposición de la legislatura.²⁹⁸

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, de ahí, 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.²⁹⁹

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 LAL, en 1997. Esta ley determinó la obligación de incluir un porcentaje mínimo del 20 % de mujeres en las listas de candidaturas pluripersonales. Por su parte, la CPE de 1998 introdujo varias disposiciones en orden a promover la participación política de las mujeres en pie de igualdad. Así, de acuerdo con el art. 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.

298 Colombia Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso C-371*, 2000.

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

En el año 2000, el CN aprobó una Ley Reformatoria a la LE³⁰⁰ 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 TSE 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.

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.³⁰¹

De esta manera la cuota electoral parecía haber quedado consolidada en el marco jurídico ecuatoriano, sin embargo, su aplicación se vio permanentemente limitada no solo por la actuación de los partidos políticos, poco dispuestos a brindar mayores oportunidades de participación electoral a las mujeres, sino también por el TSE, cuya actuación se llegó a calificar de arbitraria por parte de las organizaciones de mujeres impulsoras de la medida.³⁰²

En el año 2002 entró en vigor el RLE, aprobado por el TSE³⁰³, cuyo art. 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

300 Ecuador, *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*, Registro Oficial 20, 17 de marzo de 2000.

301 Luz Entrena Vázquez, “Constitución y acciones positivas. El sistema de cuotas de participación política para mujeres en Ecuador”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II (Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, E.V., 2005), 511-2.

302 María Fernanda Cañete, “Participación política y ciudadanía”, en Mercedes Prieto, ed., *Mujeres ecuatorianas. Entre las crisis y las oportunidades 1990-2204* (Quito: CONAMU / FLACSO-E / UNIFEM, 2005), 134-5.

303 Ecuador, *Reglamento a la Ley de Elecciones*, Registro Oficial 39, Suplemento, 20 de marzo de 2002.

representaciones de tres a cinco 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 TC por parte del movimiento de mujeres.

Varios fueron los argumentos que sustentaron la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada. Según el TC, 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. 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 CETFDM, 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.³⁰⁴

Según el TC, la CPE, en su art. 102, al determinar que el Estado deberá 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", 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.³⁰⁵

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,

304 Ecuador Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Resolución n.º 028-2002-TC, Cason.º 028-2002-TC*, 12 de noviembre de 2002.

305 *Ibid.*

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.³⁰⁶

Coherentemente con lo expuesto hasta aquí, la interpretación realizada por el TSE debe considerarse contradictoria de los preceptos constitucionales antes mencionados, lo cual implica declarar la inconstitucionalidad por el fondo del art. 40 del RLE.³⁰⁷

Es importante mencionar que el primero de los votos salvados³⁰⁸ 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 art. 40 del RLE en inconstitucional.

Todavía dentro de una concepción neutra de la igualdad, el segundo de los votos salvados³⁰⁹ 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 art. 40 del RLE no afecta la cuota mínima de mujeres que se establece tanto en la decimoséptima disposición transitoria de la Constitución como en el art. 58 de la LE. 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 art. 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 de la lista correspondiente, pues el ciudadano podrá votar, libremente, por el segundo, tercero o el último de la lista correspondiente y que, aún 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.³¹⁰

306 *Ibíd.*

307 *Ibíd.*

308 *Ibíd.* (Voto salvado del doctor Oswaldo Cevallos Bueno).

309 *Ibíd.* (Voto salvado del doctor Carlos Helou Cevallos).

310 *Ibíd.*

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 cremallera–³¹¹ 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 art. 40 del RLE, de conformidad con los art. 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 TC, la declaratoria de inconstitucionalidad no afectaba al proceso electoral realizado el 20 de octubre del presente año 2002.

Una vez declarada la inconstitucionalidad del art. 40 del RLE, el TSE reformó el art. 41 del mencionado Reglamento, 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”.³¹² De esta manera, el TSE 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 TC, argumentando básicamente que, a partir de la decisión del TSE, 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

311 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.

312 Ecuador, *Reforma al Reglamento a la Ley de Elecciones*, Registro Oficial 384, 23 de julio de 2004.

y en el fallo del TC.³¹³ 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 decisiones también habían sido desechadas por el TSE, 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 TSE había incumplido su obligación de velar por el principio de equidad de género en los procesos electorales, la Tercera Sala del TC resolvió: “Exhortar al TSE, para que aplique con precisión el contenido de la Resolución n.º 028-2002-TC emitida por esta Magistratura”.³¹⁴ En otra de las quejas presentadas, el TC 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.³¹⁵

En este segundo caso, nuevamente, el TC negó por improcedente la queja presentada, insistiendo que, “en el futuro el TSE vigilará el cumplimiento de las disposiciones constantes en la LE 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.³¹⁶

313 Es decir, en: Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 028-2002-TC, Caso 028-2002-TC*, 12 de noviembre de 2002.

314 Ecuador Tribunal Constitucional Tercera Sala, en *Resolución n.º 0002-2004-QE*.

315 Ecuador Tribunal Constitucional Primera Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0003-2004-QE, Caso n.º 0003-2004-QE*, 10 de mayo de 2006.

316 Luz Entrena Vázquez, “Constitución y acciones positivas. El sistema de cuotas de participación política para mujeres en Ecuador”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 513.

Como opina Silvia Vega, al dejar la aplicación de la alternancia y secuencia al arbitrio de los partidos políticos, el TSE 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.³¹⁷

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.³¹⁸

Frente a los problemas que caracterizan a las democracias occidentales, Victoria Camps³¹⁹ plantea que la agenda política de las mujeres debería tener como propósito fundamental la democratización de la sociedad, lo que vuelve indispensable la cualificación de la participación de las mujeres en la esfera política. En opinión de esta autora, la democracia paritaria surge como una reivindicación no solamente encaminada a conseguir un mayor número de mujeres en cargos de poder, sino tendiente a lograr que este incremento represente también un cambio cualitativo. Desde este punto de vista, se plantea cambiar el estilo de hacer política, mediante una serie de valores que hoy no están presentes en la vida política.

Se sostiene que, debido a la subrepresentación femenina en el ámbito de la política, la sociedad se ve privada de las contribuciones, potencialidades,

317 Silvia Vega Ugalde, "La cuota electoral en Ecuador: Nadando a contracorriente en un horizonte esperanzador", en *Nadando contra la corriente: Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, ed. Magdalena León (Quito: UNIFEM / UNFPA / Universidad Nacional / IEP / CIDEM / FLACSO-E, 2005), 182.

318 Del Campo y Magdaleno, "Avances legislativos de acción positiva en Bolivia, Ecuador y Perú", en *Mujeres y escenarios ciudadanos*, 281.

319 Victoria Camps, *Ética y política*, en *Mujer, derecho y sociedad* (Sevilla: Fundación El Monte, 1996), 217-26.

talentos y capacidades de las mujeres, quienes constituyen la mitad de la población.³²⁰ 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”.³²¹

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.³²² 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.³²³

La estrecha relación de la familia con los discursos dominantes sobre la sexualidad, la reproducción, la producción y la violencia la ha convertido en

320 Julia Sevilla Merino, *Mujeres y ciudadanía: La democracia paritaria*, 118-9.

321 Vega Ugalde, “La cuota electoral en Ecuador: Nadando a contracorriente en un horizonte esperanzador”, en *Nadando contra la corriente*, 200-1.

322 Con la expresión Estado de bienestar o Welfare State se describe 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 40 del siglo pasado cuando se amplió el papel asistencial del gobierno. Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política*, t. I (México DF: FCE, 2002), 552-3. 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: Cátedra, 1996).

323 Asunción Ventura Franch, “Las mujeres, la Constitución y el derecho de Familia”, en *Mujer y Constitución en España*, , 463-74.

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 “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–.³²⁴

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.³²⁵

En este contexto, las feministas liberales criticaron el trato diferenciado que las normas sobre familia daban a las mujeres. Es así como las reformas en el derecho de familia inciden en la condición de la mujer casada, 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 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.³²⁶

Las feministas han identificado algunos sesgos en los análisis sobre la familia.³²⁷ Entre ellos, el “sesgo monolítico” implica la tendencia a

324 Isabel Cristina Jaramillo, “Familia”, en *La mirada de los jueces*, 267.

325 *Ibíd.*, 268.

326 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”, 284.

327 Margrit Eichler, “Cambios familiares: familias políticas e igualdad de género”, en *Género y derecho*, 445-8.

enfaticar 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 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.³²⁸

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 TC.

El matrimonio en los códigos civiles 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

328 *Ibíd.*

mujer. Mientras que el privilegio matrimonial significaba excluir de los beneficios personales y patrimoniales del matrimonio a las parejas que no cumplieran 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 estos 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.³²⁹

Pero el análisis de la familia no solo 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. Estos también se traducen a nivel judicial, al consagrar prácticas claramente discriminatorias.³³⁰

En efecto, frecuentemente, las decisiones de los jueces enfatizan la adscripción “natural” de las mujeres al ámbito doméstico. Este fue el caso de la CC de Guatemala al declarar la exequibilidad de la norma del CCI que establecía diferentes derechos y obligaciones para esposas y esposos respecto del cuidado de los hijos y el sostenimiento del hogar. De acuerdo con la norma acusada, el marido estaba en la obligación de brindar protección y asistencia a su mujer y a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas. Por su parte, la mujer tenía el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la menor edad y dirigir los quehaceres domésticos. En opinión

329 Jaramillo, “Familia”, en *La mirada de los jueces*, 272-3. 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 del Ecuador. Hasta de la última reforma operada sobre el Código Civil, en el año 2015, existía 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 presumía que el administrador de la sociedad conyugal era 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.

330 Valpuesta Fernández, “La mujer y el derecho civil. Aplicación del principio de igualdad”, 292-4.

de la Corte, la norma no tenía el propósito de discriminar a la esposa sino de proteger a los hijos. Por el contrario, la eliminación de la obligación de velar por la atención y cuidado de estos sí constituiría un acto contrario a los derechos del niño y del adolescente que garantiza la Constitución.³³¹

En aquella ocasión también se demandó la inconstitucionalidad de la disposición del CCI que establecía que el marido podía oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera de la casa, siempre que aquel suministre lo necesario para el sostenimiento del hogar y que su oposición tenga motivos suficientemente justificados. Al respecto, la Corte decidió negar la demanda bajo el supuesto de que la norma armoniza los fines inherentes al matrimonio con los derechos y obligaciones derivados de la maternidad. Por tanto, el desempeño por parte de la mujer de algún un empleo, profesión, industria, oficio o comercio no debía perjudicar el cuidado de los hijos ni las demás obligaciones de la esposa relacionadas con el hogar.³³²

Lo que hace esta sentencia es legitimar, mediante el 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 incursione 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 manera en que 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.

Así, a la CSJ de Perú le correspondió decidir si se protegía el privilegio masculino de ejercer violencia cuando a una mujer se le había negado el

331 Guatemala Corte de Constitucionalidad, "Sentencia", en *Caso de María Eugenia Morales Acuña de Sierra contra el Estado de Guatemala*, 24 de junio de 1993.

332 *Ibid.*

divorcio por no haber demostrado que la violencia ejercida contra ella fuera “permanente”. A pesar de que la demandante había acreditado los insultos y las agresiones físicas de las que fue objeto, el divorcio le fue negado y, en su lugar, se había dispuesto que los integrantes del núcleo familiar se sometían a una terapia de grupo. Las denuncias policiales, las grabaciones y las fotografías presentadas por la agraviada no fueron lo suficientemente potentes para producir convicción o certeza en el juzgador respecto del “permanente” menosprecio que se alegaba. Sostuvo el Alto Tribunal que, al constatar la existencia de un conflicto familiar, el rol del juez en el derecho de familia es el de intentar restablecer el equilibrio roto y afianzar el núcleo familiar, haciendo prevalecer el interés superior que propugna preservar la integridad de la familia y la de sus miembros.³³³

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.³³⁴

La terminación del matrimonio por divorcio: El adulterio y el “deber ser” de cada sexo

El art. 37 de la CPE 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 CCi del Ecuador 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, procrear y auxiliarse mutuamente.” El art. 105 del mismo cuerpo legal incluye el divorcio como una de las formas de terminación del vínculo matrimonial.

333 Perú Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Caso de Luisa Lizárraga Prat de Kaelin contra Oscar Guillermo Kaelin*

334 Jaramillo, “Familia”, en *La mirada de los jueces*, 353.

Hasta antes de las reformas operadas en el año 2015, entre las causales de divorcio contempladas en el art. 110 de la ley civil, se encontraban las siguientes:³³⁵ 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 hubiere durado más de tres años, el divorcio podía ser demandado por cualquiera de los cónyuges. Dicho artículo señalaba que, en lo que fuere aplicable, las causas de divorcio debían apreciarse y calificarse por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse. También indicaba que la demanda de divorcio podía proponerla el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida respecto de la causal relativa al abandono.

La forma en que 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 fueron 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 aparta de su “deber ser”. Esto se deduce no solo de su ubicación dentro de la lista de causales, la primera,³³⁶ 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.

Son muy pocos los fallos de casación que se refieren al adulterio como causa de divorcio.³³⁷ En el primero de ellos, acorde con la concepción que inspiró la regulación del divorcio como sanción al cónyuge que infringía

335 Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, de 24 de junio de 2005.

336 Por ejemplo, en la codificación del Código Civil de junio de 2005, la “tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice” aparecía en quinto lugar. Antes de su derogatoria como delito, el adulterio aparecía ubicado en el Código Penal como el primero de la lista de los delitos sexuales.

337 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 195-2000, Quimiz vs. Túarez*, 18 de mayo de 2000; y, Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 204-2004, Otavalo vs. Sisalima*, 1 de septiembre de 2004.

sus obligaciones conyugales, la sala especializada de la CSJ 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.³³⁸

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 EE. UU. 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 padre pasar una pensión de alimentos para la subsistencia, educación y cuidado de los mismos.³³⁹ 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.

Injurias graves o actitud hostil como causas de divorcio: La tolerancia de la violencia contra la mujer en favor de la “unidad familiar”

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

338 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 195-2000, Quimiz vs. Túarez*, de 18 de mayo de 2000.

339 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 204-2004, Otavalo vs. Sisalima*, 1 de septiembre de 2004.

a una supuesta esencia de hombres y mujeres. Por ejemplo, en uno de los fallos estudiados³⁴⁰ los juzgadores expresan que, para que los actos puedan ser calificados como injurias graves, se requiere conocer el grado cultural de los cónyuges, no obstante, el que la mujer haya afirmado que cometió un error al haberse casado con su marido porque tenía otro hombre, por sí sola, constituye una injuria grave, gravísima, sea cual fuere el grado cultural de una persona, porque hiere la calidad de cónyuge.³⁴¹ De esta manera, la sala reproduce las representaciones sociales dominantes construidas en torno a la masculinidad y la femineidad, 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 que los hijos vivan bajo la protección y cuidado de su madre, que esta sea una mujer “honesta”, dedicada al hogar, y que en el tiempo en que se demandó el divorcio se encontraba embarazada.³⁴²

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 CSJ, 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,

340 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 9-2002, Mocha vs. Yauripoma*, 14 de enero del 2002.

341 En otro de sus fallos, los jueces ubican en los instintos –y no en 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 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 186-2001, Torres vs. Bohórquez*, 14 de mayo de 2001.

342 Ver Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 221-2001, Moreta vs. Andrango*, 23 de mayo de 2001.

como es el caso de la aprobación de la Ley 103 sobre Violencia a la Mujer y la Familia, así como el reconocimiento, por parte del Estado, de que la violencia constituye un problema de salud pública.

A partir de las reformas introducidas al CCi en 1989,³⁴³ la causal tercera del art. 109 del CCi permitía 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.³⁴⁴ El espíritu de la legislatura 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.³⁴⁵ 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.³⁴⁶

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 en la vida matrimonial. 4. La demanda por esta causal debe ser presentada por el cónyuge agraviado o perjudicado.³⁴⁷

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

343 Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 256, 18 de agosto de 1989.

344 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 264-2000, Gonzaga vs. Serrano*, 7 de julio del 2000.

345 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 153-2001, Juicio n.º 264-99, Terán vs. López*, 4 de abril del 2001.

346 Ecuador Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 242-2001, Juicio n.º 47-2001, Ortiz vs. Ruiz*, 26 de junio del 2001.

347 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 237-2007, Simbaña vs. Godoy*, 10 de julio del 2007.

matrimonial, porque el/la demandado/a requiere conocer de las imputaciones que se le hacen, a fin de ejercer su derecho de defensa.³⁴⁸

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”.³⁴⁹ En 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.³⁵⁰

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 él, la Primera Sala de lo Civil concluye que estas 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

348 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 247-2001, Juicio n.º 57-2001, Cedeño vs. Linzán*, 28 de junio de 2001. La misma posición es reiterada en Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 182-08, Juicio n.º 240-07, Nájera vs. Obando*, 26 de agosto de 2008. La posición contraria puede ser revisada en Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 130-2003, Sarmiento vs. Gómez*, 3 de junio de 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.”

349 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 247-2001, Juicio n.º 57-2001, Cedeño vs. Linzán*, 28 de junio del 2001.

350 Ver, por ejemplo, Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 68-2001, Cherre vs. Mendoza*, 28 de febrero de 2001; y, Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 57-2007, Juicio n.º 197-2006, Cárdenas vs. Vela*, 1 de marzo del 2007.

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 acción de divorcio. Por lo tanto, al no haberse probado la causal invocada, no existe fundamento para admitir la acción.³⁵¹

Esta 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 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 n.º 106-2000³⁵² 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 ambiente en que se desenvuelven, manifiesta claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial”.³⁵³ Aplicando este criterio, se llega a la conclusión de que, con las pruebas valoradas por el tribunal de instancia –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, las fotografías, la confesión judicial de la actora, entre otras–, se halla justificada procesalmente la existencia de los elementos fácticos que conforman

351 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en Resolución n.º 247-2001, Juicio n.º 57-2001, *Cedeño vs. Linzán*, 28 de junio del 2001.

352 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en Resolución n.º 106-2000, Juicio n.º 150-98, *Fiallos vs. Freire*, 5 de abril del 2000.

353 Ecuador Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en Resolución n.º 242-2001, Juicio n.º 47-2001, *Ortiz vs. Ruiz*, 26 de junio del 2001.

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 esta 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.³⁵⁴

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 y otro cónyuge en la CMF, 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”.³⁵⁵

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.³⁵⁶

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

354 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 251-2007, Juicio n.º 17-2007, Valarezo vs. Jáuregui*, 11 de septiembre del 2007.

355 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 270-2004, Rivera vs. Ferretti*, 22 de noviembre de 2004.

356 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 126-2007, Juicio n.º 390-2006, Andrade vs. Reyes*, 17 de abril de 2007.

denuncias y los procedimientos realizados en las CMF no necesariamente son apreciados como indicativos de la gravedad de la injuria o de la actitud hostil, o son presentados como evidencia de que las ofensas provienen de ambos 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.³⁵⁷

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

357 Villanueva Flores, “Análisis del derecho y perspectiva de género”, en *Sobre género, derecho y discriminación*, 36.

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.³⁵⁸

El alcance del abandono voluntario e injustificado como causa de divorcio: La producción de identidades de género

Entre las causales de divorcio que contemplaba el art. 110 del CCI ecuatoriano, el num. 11 establecía: “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.” En el análisis que realizan sobre el abandono como causa de divorcio, los jueces van construyendo un discurso sobre lo que consideran deben ser las identidades de hombres y mujeres, fundamentalmente, en torno a la oposición “proveedor/cuidadora”.

En general, las Salas de lo Civil de la CSJ 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 hubo 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.³⁵⁹

358 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 reaccionara 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, “Ámbito Civil”, en *Mujer y Justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, coord. María José Varela Portela (Barcelona: CEDEC, 2002), 271-6.

359 Ecuador Corte Suprema Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 126-99, Juicio n.º 317-97, Pérez vs. Lalaleo*, 24 de febrero de 1999.

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 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, esta no es caracterizada como voluntaria e injustificada.³⁶⁰ Tampoco se considera injustificado el alejamiento del marido por motivo de trabajo, debido a 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.³⁶¹

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 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.³⁶²

360 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 101-2004, Monar vs. Zurita*, 14 de abril de 2004.

361 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 177-2004, Espinoza vs. Ortega*, 17 de septiembre de 2004.

362 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 250-007, Juicio n.º 257-2006, Lituma vs. Cabrera*, 11 de septiembre de 2007.

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 “devida”.

El alcance del abandono por más de tres años también es objeto de análisis por parte de las Salas de lo Civil de la CSJ. En primer lugar, se considera que el numeral décimo primero del art. 110 del CCi en realidad no contiene dos causas para la terminación del vínculo matrimonial, sino que el inciso segundo de dicho numeral lo que en realidad hace es identificar al cónyuge que está legitimado activamente para promover el divorcio:

El artículo 109 del Código Civil enumera en forma taxativa las causas para el divorcio y en entre esta la especificada en numeral 11 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.³⁶³

Por otra parte, se establece la necesidad de discriminar cuándo estamos frente al “abandono”, y cuándo este deja de tener importancia jurídica, para convertirse en “separación”, pudiendo ser invocado por cualquiera de los cónyuges, no solo 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

363 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 192-2000, Juicio n.º 88-99, Álvarez vs. Mera*, 3 de mayo de 2000.

lugar por más de un año ininterrumpidamente. Únicamente puede invocar esta causal el cónyuge agraviado 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 11 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.³⁶⁴

Pero lo que se 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 percibe como empleado público; y esta es la causa para que se haya descuidado del hogar que lo tiene formado con la compareciente.³⁶⁵

En opinión de la sala especializada,³⁶⁶ 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 exigía el art. 110, num. 11 del CCI 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 marido por dejar de cumplir su rol de proveedor y la esposa por

364 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 66-2006*, Maldonado vs. Franco, 9 de marzo de 2006.

365 Razonamiento del tribunal *ad quem*, cuestionado en Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 268-2007*, Chamba vs. Cajamarca, 28 de agosto de 2007.

366 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 268-2007*, Chamba vs. Cajamarca, 28 de agosto del 2007.

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 este 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*.³⁶⁷ 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 *affectio conjugalis* 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 del *affectio maritalis*, sin el 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.³⁶⁸ 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 que el actor haya estado por unos días en el Ecuador para asistir a la primera comunión de su hija, no

367 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 194-2002*, Camacho vs. Ramírez López, 13 de septiembre de 2002.

368 Esta tesis es reiterada por la Tercera Sala en varias resoluciones, entre ellas: Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 108-2003*, Tapia vs. Cordero, 29 de abril de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 126-2003*, Nebot vs. Nevárez, 27 de mayo de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 185-2007*, Juicio n.º 47-2007, Zavallos vs. Paladines, 31 de mayo de 2007.

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.³⁶⁹

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 CCI, 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 CPE 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”. Afirma la sala:

Que el artículo 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 por el art. 31, inciso segundo de la Constitución de la República que expresa que “se” protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar.³⁷⁰

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

369 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 135-2007*, en *Juicio n.º 75-2005*, Bigoni vs. Ordóñez, 24 de abril de 2007.

370 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 265-07*, *Juicio n.º 337-2006*, Naranjo vs. Hernández, 19 de septiembre de 2007. Este criterio es reiterado en Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 124-08*, *Juicio n.º 95-2007*, Serrano vs. Campuzano, 22 de mayo de 2008.

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 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 CCI, 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.

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.³⁷¹ 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:

Podrán darse, como se han dado tradicionalmente y se dan en el derecho civil vigente, algunas ampliaciones analógicas de la institución tendentes

371 M. Olga Sánchez Martínez, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 58 (2000): 45.

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 solo 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.³⁷²

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 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 ónticamente 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.³⁷³

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 la doctrina que:

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.³⁷⁴

372 José Luis Martínez López-Muñoz, “La familia en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 58 (2000): 17.

373 *Ibid.* 42-3.

374 Sánchez Martínez, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”: 45-6.

Las parejas de hecho, heterosexuales, buscan que se les reconozca consecuencias jurídicas similares a las de aquella institución legal, estable, formal y organizada: el matrimonio. No obstante, uno de los argumentos esgrimidos para no concederles ciertos efectos jurídicos del matrimonio 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 este 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.³⁷⁵

Para reconocer una unión de hecho se exigen requisitos similares que para el matrimonio: heterosexualidad, exclusividad, igual capacidad que para casarse, apariencia 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.³⁷⁶

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

375 *Ibíd.*, 52.

376 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), 314.

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.³⁷⁷

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 sentencia del TC español 184/1990 del 15 de noviembre de 1990. Según la doctrina establecida en dicha sentencia, solo 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 propuso la necesidad de impulsar la regulación orgánica de las uniones de hecho, atendiendo a la pluralidad social.³⁷⁸

Aun así, se siguió 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: solo 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

377 Natalia Álvarez Lata, “Las parejas de hecho: Perspectiva jurisprudencial”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 12 (1998): 10-6.

378 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 Constitución*, n.º 15 (2001): 267-79.

de la unión libre –análogo o diferente al del 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.³⁷⁹

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.

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 defendió la unión de hecho como expresión del “derecho a no casarse”. Se afirmó que este derecho está implícitamente recogido en la Constitución y goza del mismo estatus constitucional que el derecho a casarse, razón por la que debía ser protegido con la misma fuerza.³⁸⁰

En el ámbito latinoamericano, el estudio de la jurisprudencia en torno a la unión de hecho originó 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

379 Julio V. Gavidia Sánchez, “La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre”, en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 12 (1998), 77-8.

380 Víctor Ferrés Comelia, “El principio de igualdad y el ‘derecho a no casarse’”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 42 (1994), 170-83.

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–.³⁸¹ En este sentido, la falta de reconocimiento del valor económico del trabajo doméstico realizado por la mujer durante la vigencia de la unión de hecho estaría vulnerando su derecho a la igualdad.

Al respecto, la CC de Colombia analizó el caso de una mujer que, después de la muerte de su compañero permanente –con quien convivió aproximadamente veinte y cuatro años–, acudió a la justicia para solicitar que se declare y liquide la sociedad patrimonial que existió entre ellos; el juez había negado la solicitud de la peticionaria bajo el argumento de que la mujer no realizó aporte alguno a la hipotética sociedad de hecho. Pero la Corte colombiana se manifestó abiertamente contraria a la creencia de que los únicos aportes a una sociedad de hecho son los que se realizan en dinero o bienes relevantes para el mercado. De acuerdo con la Corte, es necesario reconocer la significación económica del trabajo doméstico –ejecutado fundamentalmente por mujeres–. La visión que estima que el trabajo doméstico es “invisible” y como tal, carece de todo significado en la economía de mercado, en opinión del Alto Tribunal, estimula y profundiza la desigualdad y la injusticia en las relaciones sociales, hace inequitativo el desarrollo económico y vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.³⁸²

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. Este es el caso de aquellos fallos que niegan el reconocimiento de uniones de hecho que no han estado ligadas a la procreación, o de 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.

381 Jaramillo, “Familia”, en *La mirada de los jueces*, 324-5.

382 Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, *Caso T-494*, 1992.

*La unión de hecho en las decisiones de los jueces ecuatorianos:
¿El mismo estatus que la institución matrimonial?*

En el caso del Ecuador, la CPE 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 art. 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 CCi 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”.³⁸³ Y el art. 223 del mismo Código establecía 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”.³⁸⁴

El análisis de las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Mercantil de la CSJ 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–, si se la compara con la institución matrimonial.

383 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”.

384 Los textos de los artículos 222 y 223 corresponden a los artículos 1 y 2 de la *Ley que regula las uniones de hecho*, Registro Oficial 399, 29 de diciembre de 1982, que fueron incorporados en la codificación del Código Civil.

En primer lugar, se exigen requisitos 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 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 esta 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 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.³⁸⁵

La Segunda Sala de lo Civil de la CSJ cuestionó el razonamiento del tribunal de segunda instancia, casó la sentencia impugnada, y anulándola por violación de las disposiciones 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 hubo sociedad de bienes.³⁸⁶ 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

385 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Civil y Mercantil, "Sentencia", en *Resolución n.º 586-89, Juicio n.º 11-97, Villamaria vs. Carrera y otros*, 25 de junio de 1999.

386 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, "Sentencia", en *Resolución n.º 401-99, Juicio n.º 195-94, Paredes vs. Paredes y otras*, 4 de mayo de 1999.

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 pudieron 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.³⁸⁷

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 este es el elemento característico o trascendental de la unión de hecho carece de sentido. No podría admitirse dicho criterio porque implicaría el desconocimiento de este derecho fundamental de la persona humana.³⁸⁸

387 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 95-2001, en Juicio n.º 41-98, Ruiz vs. Briceño*, 5 de marzo de 2001.

388 *Ibid.*

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, mantener y educar”.³⁸⁹

Estos razonamientos tienen una especial importancia, pues se apoyan de forma expresa en los derechos reconocidos en la CPE 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.

La construcción de la paternidad y la maternidad en la jurisprudencia

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 con 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.³⁹⁰

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

389 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 137-2007, Juicio n.º 38-2004, Aguirre vs. Cevallos*, 27 de abril de 2007.

390 Asunción Ventura Franch, “Las mujeres, la Constitución y el derecho de familia”, en *Mujer y Constitución en España*, 482.

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 siguieron utilizando estándares diferenciados para evaluar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones de hombres y mujeres. En efecto, al analizar un recurso extraordinario interpuesto para que fuera revisada la constitucionalidad de la norma del CCi argentino que atribuía únicamente al marido la acción de impugnación de la paternidad, la CSJ de la Nación Argentina señaló que el Estado puede legítimamente formular distinciones basadas en imperativos de bien común. Para la CSJ, la norma acusada suministra al marido la vía legal para desvirtuar la presunción legal que asume que es 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. La maternidad de la esposa, por el contrario, queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. En consecuencia, opina la Corte que no se viola el derecho a la igualdad cuando se le prohíbe a la madre impugnar la paternidad matrimonial de su hijo.³⁹¹

Para la Corte argentina, la presunción de paternidad legítima –que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial– tiene su fundamento en el valor institucional de la familia legítima y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio. De la tensión existente entre la necesidad de asegurar el conocimiento del vínculo biológico y la 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. Extender a la madre la acción de impugnación de la paternidad resultaría absurdo.³⁹²

De esta manera, la Corte argentina 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, mediante 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 discriminatorio 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

391 Argentina Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sentencia”, en *Recurso extraordinario federal contra sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*, 1 de noviembre de 1999.

392 *Ibid.*

y la mujer, apeló al 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”.³⁹³

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 durante mucho tiempo, impidiendo la completa igualdad de los cónyuges en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.³⁹⁴

No cabe duda de 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.³⁹⁵

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador y la declaración judicial de la paternidad

La CPE de 1998, en el inciso primero del art. 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 art. 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 CCi, en su art. 253, determinaba que: “La paternidad puede ser judicialmente declarada en los casos siguientes [...] 3. En el caso

393 Andrés Gil Domínguez y María Victoria Fama, *Derecho Constitucional de Familia* (Buenos Aires: Editar, 2006), 446-9.

394 Patricia M. Costa y Sofía Harari, “Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género”, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, 164-6.

395 Las legislaciones latinoamericanas han regulado de manera estricta la impugnación de la paternidad matrimonial y han establecido límites a la impugnación de la paternidad extramatrimonial. No obstante, en el año 2006 Colombia modificó su legislación a fin de permitir que también la esposa pueda impugnar la paternidad. Ecuador lo hizo en el año 2015.

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 CPE 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 CSJ 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 CSJ en torno a los supuestos que sustentaron 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 CSJ.³⁹⁶ Esta es quizá la resolución más importante adoptada por la CSJ en la década en que estuvo vigente la CPE de 1998, por sus alcances doctrinarios, así como por los resultados concretos en el ejercicio de los derechos de las 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

396 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 83-99, Juicio n.º 170-97, Ordóñez vs. Granja*, 11 de febrero de 1999.

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 CCI. 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 n.º 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 n.º 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 psicossomático 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 mediante el análisis sanguíneo.

Al conocer el recurso de casación, la Primera Sala de lo Civil³⁹⁷ 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

397 Ibid.

tratadista; el tercero, apoyado en el principio del interés superior del niño/a recogido en la CPE 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 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 CCi 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 art. 48 de la CPE 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.³⁹⁸

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 CDN y recogido por la CPE 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 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 CETFDM, 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”³⁹⁹ o que las declaraciones de los testigos muestran que “es honorable y honrada y que solo ha sido vista con el padre de su hijo”.⁴⁰⁰

398 Estos argumentos serán reiterados en las resoluciones: Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 183-99, Juicio n.º 150-98, Urbano vs. Alcocer*, 22 de marzo de 1999 y Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 480-99, Juicio n.º 62-99, García vs. Hidalgo*, 9 de septiembre de 1999, publicadas como fallos de triple reiteración, junto con la sentencia que se analiza en esta sección. Adicionalmente están las resoluciones: Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 310-2000, Juicio n.º 96-97, Cevallos vs. Hidalgo*, 19 de julio de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 320-2001, Juicio n.º 141-2001, Achi vs. Dahik*, 15 de octubre de 2001.

399 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 147-2000, Chimbo vs. Tapia*, 26 de abril de 2000.

400 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia” en *Resolución n.º 151-2000, Morales vs. Paza*, 27 de abril de 2000.

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 a “la supuesta dudosa conducta de la actora” carecen de relevancia.⁴⁰¹ 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”.⁴⁰² 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 CSJ consideró que los jueces transgredían el CPC 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 bastaba 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 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.⁴⁰³

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

401 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 140-2001, Llangari vs. Llamuca*, 3 de abril de 2001.

402 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 390-2001, Pozo vs. Vásquez*, 1 de octubre de 2001.

403 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 320-2001, Juicio n.º 141-2001, Achi vs. Dahik*, 15 de octubre de 2001.

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”.⁴⁰⁴

La Segunda Sala de lo Civil de la CSJ dio un paso más, con base en lo que disponían los art. 48 y 49 de la CPE de 1998 y el art. 3 de la CDN, 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 directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

Sostuvo la Sala que 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. Este fue, según la sala, el espíritu recogido por el art. 131 del CNA 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

404 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.o 186-2002, Juicio n.º 57-2002, Cacoango vs. Cuñas*, 12 de septiembre de 2002. Otras resoluciones en las que se aplica un argumento similar: Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil, “Sentencia”, en *Resolución n.o 252-2002, Ortiz vs. Riascos*, 14 de noviembre de 2002; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 49-2003, Salazar vs. Alarcón*, 11 de marzo de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 332-2000, Sucre vs. Hidalgo*, 7 de septiembre de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 156-2003, Coraizaca vs. Orellana*, 10 de junio de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 137-2003, Morales vs. Cepeda, voto salvado*, 20 de mayo de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 91-2002, Angulo vs. Yaguana, voto salvado*, 18 de marzo de 2002; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 229-2004, León vs. Mendoza*, 7 de septiembre de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 320-2007, Gómez vs. Casares*, 8 de octubre de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 83-2008, Ávila vs. Mata*, 31 de marzo de 2008.

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.⁴⁰⁵

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 CNA.⁴⁰⁶

De esta manera los niños, niñas y adolescentes contaban ya con una vía idónea para demandar el reconocimiento de su derecho a la identidad. En efecto, la CSJ llegará a conocer mediante el recurso de casación un sinnúmero de casos de declaratoria de la paternidad, iniciados a partir de lo que disponía el art. 131 del CNA del año 2003.

En una resolución que es motivo del recurso de casación que, a más de considerar la pensión de alimentos respecto de la niña, se declara la paternidad del recurrente bajo el sustento legal del art. 131, la Tercera Sala de lo Civil de la CSJ dirá que la presunción establecida en dicho artículo “es una presunción legal o iuris tantum (art. 32, CPC), 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 art. 49 de la CPE, presunción que por su naturaleza admite prueba en contrario y puede ser impugnada en juicio ordinario posterior”. Seguidamente expresará que, “como las

405 Consultar las siguientes resoluciones: Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 324-2007, Vázquez vs. Cedillo*, 8 octubre de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 109-2001, Serrano vs. Montenegro*, 13 de marzo de 2001; Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 28-2007, Juicio especial n.º 243-2006, Santacruz vs. Reyes*, 16 de enero de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 179-2007, Juicio especial n.º 91-2005, Checa vs. Gaybor*, 29 de mayo de 2007.

406 Ver Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 371-03, Juicio n.º 204-03, Veas vs. Echeverría Briones*, 18 diciembre de 2003. La misma posición en Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Resolución n.º 285-2007, Agurto vs. Coronel*, 11 de septiembre de 2007.

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.⁴⁰⁷

La declaratoria de paternidad que no era presuntiva, de acuerdo con lo que disponía el art. 131, num. 2 del CNA, 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 se 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 ello, una vez pronunciada, no admitía su futura revisión o modificación.⁴⁰⁸

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 art. 274 de la CPE y 12 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, elevó a conocimiento del Pleno del TC el informe referido a la inaplicabilidad del art. 260 del CCi.⁴⁰⁹ 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 art. 23, 24 de la CPE de 1998 garantizaba el "derecho a la identidad, de acuerdo con la ley".

El TC⁴¹⁰ tomó en cuenta el art. 40 de la CPE de 1998, de acuerdo con el cual el Estado debía proteger a las madres, a los padres y a los/as jefes

407 Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 255-2007, incidente de aumento de pensión alimenticia y declaración de paternidad 175-2007, Pilco vs. Mazón*, 23 de julio de 2007. En el mismo sentido, las siguientes resoluciones: Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 390-2007, Juicio de alimentos y de declaración de paternidad 274-2007, Tenesaca vs. Lemay*, 18 de diciembre de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 349-2007, Juicio de alimentos y declaración de paternidad 235-2007, Murillo vs. Guzmán Cortez*, 30 de octubre de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 389-2007, Juicio por alimentos y declaración de paternidad 268-2007, Villalva vs. Merino*, 18 de diciembre de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 391-2007, Juicio de alimentos y declaración de paternidad 285-2007, Chimborazo vs. Faicán*, 18 de diciembre de 2007.

408 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, "Sentencia", en *Resolución n.º 312-2007, juicio de alimentos n.º 185-2005, Veas vs. Echeverría*, 26 de septiembre de 2007. El mismo criterio en Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, "Sentencia", en *Resolución n.º 314-2007, Juicio de alimentos n.º 77-2007, Angulo vs. Velasco*, 26 de septiembre de 2007.

409 Ecuador Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca, *Juicio civil n.º 420/2002 por declaratoria de paternidad, Ullauri vs. Ochoa y otros*.

410 Ecuador Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Resolución n.º 0002-06-DI*, 9 de mayo de 2006.

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 art. 16 y 17 de la CPE relativo al deber primario del Estado de respetar los derechos humanos establecidos en la misma Carta Fundamental y en los Pactos Internacionales. En caso de duda, debía cumplirse el mandato del art. 18, que en su inciso segundo 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. 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 TC resolvió declarar inconstitucional y suspender la aplicación con carácter general y obligatorio del art. 260 del CCI, pues dicha norma era incompatible con el num. 24 del art. 23 de la CPE del año 1998.

El hábeas corpus y la privación de la libertad en función del derecho de alimentos: El rol del Tribunal Constitucional del Ecuador

Ciertamente, no solo 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 TC 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, caracterizado por la CPE 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 art. 23, num. 4 de la CPE 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 art. 141 del CNA 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 CPE 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 reafirmaba 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.⁴¹¹

411 Ecuador Tribunal Constitucional Segunda Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0026-2004-HC*, 7 de junio de 2004. En el mismo sentido Ecuador Tribunal Constitucional Tercera Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0063-2004-HC*, 6 de octubre de 2004; Ecuador Tribunal Constitucional Primera Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 093-06-HC*, 28 de febrero de 2007.

El TC mantuvo esta posición⁴¹² 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 art. 141 del CNA, 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 generis 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 TC fue desechar la inconstitucionalidad planteada respecto de la primera parte del inciso final del art. 141 del CNA, 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”.⁴¹³ Para ello, consideró varios elementos: el primero, la naturaleza y régimen jurídico de la medida que incorporaba el inciso final del art. 141 del CNA; 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 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 TC razonó que la medida de apremio personal que preveía el art. 141 del CNA 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

412 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 006-2004-DI*, 17 de noviembre de 2004.

413 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 num. 4 del art. 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 [...]”.

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.⁴¹⁴

Por otra parte, en cuanto a la naturaleza y régimen jurídico de la medida, el Tribunal señaló que el num. 4 del art. 23 de la CPE 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 CPE en el art. 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.⁴¹⁵

En cuanto a la responsabilidad jurídica de los progenitores, afirmó el Tribunal que la medida prevista en el CNA 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 CPE.⁴¹⁶

414 *Ibíd.*

415 *Ibíd.*

416 *Ibíd.*

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 TC situó el análisis a partir de una apreciación integral del CNA. 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.⁴¹⁷

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 art. 18 de la CPE de 1998. El pago íntegro de la deuda de alimentos guardaba conformidad con el postulado de la eficacia de los derechos fundamentales.⁴¹⁸

La tesis contraria⁴¹⁹ sostiene que la aplicación del último inciso del art. 141 del CNA implicaba 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 hábeas 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 CNA, 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 artículo 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 artículo 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

417 *Ibíd.*

418 *Ibíd.*

419 Ecuador Tribunal Constitucional Primera Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0086-2006-HC*, 17 de enero de 2007. Una posición similar está en Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0049-2007-HC, voto salvado*, 19 de junio de 2007.

del ejercicio legislativo se encuentran restringidas a lo dispuesto en el mismo texto constitucional. La norma protectiva 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.⁴²⁰

En segundo lugar, se sostenía que la medida que estuvo prevista en el último inciso del art. 141 del CNA debía ser comprendida y 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 art. 141 del CNA solo 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 artículo 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 solo 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.⁴²¹

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 que 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 CN que realizara las reformas pertinentes al CNA.⁴²²

Esta postura será matizada⁴²³ al concederse el recurso de hábeas corpus interpuesto, previa la celebración de un convenio de pago entre

420 *Ibíd.*

421 *Ibíd.*

422 Ecuador Tribunal Constitucional Segunda Sala, "Sentencia", en *Resolución n.º 0052-2007-HC*, 21 de junio de 2007.

423 Ecuador Tribunal Constitucional Segunda Sala, "Sentencia", en *Resolución n.º 0181-2007-HC*, 11 de diciembre de 2007; Ecuador Tribunal Constitucional Segunda Sala, "Sentencia", en

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.

El Tribunal Constitucional del Ecuador y los derechos de las mujeres embarazadas privadas de la libertad

Los estudios sobre los derechos de las mujeres en los CP de América Latina y el Caribe⁴²⁴ 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 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.⁴²⁵

Resolución n.º 0174-07-HC, 19 de febrero de 2008; Ecuador Tribunal Constitucional Segunda Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0005-08-HC*, 8 de abril de 2008.

424 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.

425 *Ibíd.* Para el caso español, consultar el artículo de Elisabet Almeida, “La política penal/penitenciaria en relación con la mujer: Un enfoque de género”, en *Política criminal y sistema penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, coor. Rivera Beiras (Barcelona: Anthropos / Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona), 2005.

A continuación, se analiza la posición del TC frente a las solicitudes de hábeas corpus para las mujeres-embarazadas que han sido privadas de la libertad. Se trata de mujeres que, mediante un abogado particular, o mediante 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 prisión preventiva ha sido ordenada sin tomar en cuenta su estado de gravidez, enfatizando que el art. 58 del CP 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 Tribunal⁴²⁶ las comparecientes reiteran que están ilegal e inconstitucionalmente detenidas, no obstante encontrarse en estado de embarazo, pese a la prohibición legal de detención a las mujeres embarazadas. Se trata 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 apoyan en el art. 47 de la CPE de 1998, que establecía que 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 apoyan 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 permanece la mujer configura los delitos de detención ilegal por más de un mes y retención del reo en lugares no determinados por la ley.

Frente a esta situación las Salas del TC 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

426 Los recursos de hábeas corpus llegaban por apelación al Tribunal Constitucional, fundamentados en el art. 58 del Código Penal (Ecuador, *Ley 105 reformatoria del Código Penal*, Registro Oficial 365, 21 de julio de 1998) y del art. 93 de la Constitución Política de 1998, debido a 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, Ecuador Tribunal Constitucional Segunda Sala, "Sentencia", en *Resolución n.º 0074-2004-HC*, 16 de noviembre de 2004.

la autoridad que niega el recurso de hábeas corpus interpuesto, con una fórmula similar a esta: “Que se esté a lo dispuesto por el juez competente que está en conocimiento de la causa”.⁴²⁷

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 art. 171 del CPP sobre el arresto domiciliario a que tenía derecho la encausada⁴²⁸ y, en otros, exhortaban al juez de la causa para que dispusiera, como medida sustitutiva de la prisión preventiva, el arresto domiciliario.⁴²⁹

Un tercer grupo de resoluciones –que podría ser calificado 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, son 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 encuentra por efecto de la privación de la libertad. Los partidarios de esta tesis distinguen entre la sanción penal y las medidas cautelares que se pueden ordenar dentro de un proceso penal, haciendo referencia a las alternativas que la propia ley reconoce frente a la prisión preventiva, como es el caso del arresto domiciliario.⁴³⁰

427 Ecuador Tribunal Constitucional Segunda Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 069-2002-HC*, 10 de enero de 2003; Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0070-02-HC*, 19 de febrero de 2003; Ecuador Tribunal Constitucional Tercera Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0050-2003-HC*, 13 de agosto de 2003; Ecuador Tribunal Constitucional Tercera Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0031-2003-HC*, 22 de julio de 2003; Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 031-2004-HC*, 6 de julio de 2004; Ecuador Tribunal Constitucional Primera Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0041-03-HC*, 18 de septiembre de 2003; Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0005-05-HC*, 22 de febrero de 2005.

428 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 010-2002-HC*, 30 de abril del 2002.

429 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 033-2004-HC*, 21 de julio de 2004.

430 Ecuador Tribunal Constitucional Primera Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 066-2001-HC*, 6 de febrero de 2002. Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Caso 031-2004-HC*, voto salvado, 6 de julio de 2004; Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Caso 033-2004-HC*, 21 de julio de 2004. En otros casos, se advierte que la sustitución de la medida cautelar es por tiempo delimitado, esto es, por los noventa días que ordena el art. 58 del Código Penal, tiempo

Se afirma que, si bien el art. 58 del CP 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 medidas cautelares que se podían ordenar dentro de un proceso penal, como era el caso de la orden de prisión preventiva.

Se señala que el art. 171 del CPP regula, 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 señala que el juez puede ordenar la medida de arresto domiciliario sin importar el delito que se le hubiere imputado o acusado, cuando se trata de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. Se reitera además que la interpretación y aplicación por parte del juez de las medidas cautelares debe hacerse en forma restrictiva, de acuerdo con lo dispuesto por los art. 15 y 159 del CPP. 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, debían aplicar como alternativa a la prisión preventiva el arresto domiciliario.

Al constatar la existencia de una prueba científica, practicada con todos los requisitos legales, que ponía en evidencia que la afectada estaba efectivamente embarazada, se reitera que el juez se encuentra 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 n.º 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 correrá a partir de la fecha del nacimiento del niño/a, por lo que, una vez concluido dicho período se deberá cambiará la medida cautelar por la de prisión preventiva. Al respecto, ver Ecuador Tribunal Constitucional Tercera Sala, "Sentencia", en *Resolución n.º 0013-2008-HC*, 27 de marzo de 2008.

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.⁴³¹

En otros casos, a más de conceder el recurso de hábeas corpus, se llega a afirmar que la prisión preventiva constituye también, a no dudarlo, privación de la libertad. Uno de los argumentos está referido al vínculo que existe entre el art. 171 del CPP que establecía la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario como medida alternativa, cualquiera que fuere el delito, en todos los casos en que la persona imputada o acusada hubiese sido una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto, con el art. 47 de la CPE 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.⁴³²

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 peticionaria se encontraba detenida en las dependencias de la Jefatura Provincial Antinarcóticos de Pichincha,

431 Ecuador Tribunal Constitucional Primera Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 044-2002-HC*, 19 de septiembre de 2002.

432 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 040-2002-HC*, 18 de septiembre de 2002.

contraviniendo lo dispuesto en el art. 208, inc. tercero de la 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.⁴³³

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 art. 171 del CPP, 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.⁴³⁴

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, 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 art. 171 del CPP, que para el caso de personas mayores de 65 años y de las mujeres embarazadas era imperativo y no facultativo.⁴³⁵

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 debido a su estado de gravidez, sin embargo,

433 Ecuador Tribunal Constitucional Tercera Sala, "Sentencia", en *Resolución n.º 046-2002-HC*, 24 de octubre de 2002.

434 Ecuador Tribunal Constitucional Tercera Sala, "Sentencia", en *Resolución n.º 050-2002-HC*, 14 de noviembre del 2002..

435 Ecuador Tribunal Constitucional Primera Sala, "Sentencia", en *Resolución n.º 0073-04-HC*, 28 de diciembre de 2004.

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.⁴³⁶

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 Antinarcoóticos 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. Los jueces 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 CPE, 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 con 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.⁴³⁷

Varias de las decisiones del TC en torno a la situación de las madres gestantes privadas de la libertad, procesadas por la comisión de los denominados “delitos de drogas”, en la práctica, legitimaron diversas formas de violación de sus derechos. En efecto, las mujeres embarazadas continuaron

436 Ecuador Tribunal Constitucional Primera Sala, “Sentencia”, en *Resolución n.º 051-2002-HC*, 2 de octubre de 2002.

437 Ecuador Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0005-05-HC*, 22 de febrero de 2005.

encarceladas en contra de expresas disposiciones constitucionales y legales. Inclusive algunas de ellas permanecieron en centros no autorizados, en condiciones de detención inhumanas y degradantes, lo que podía llegar a provocar una grave afectación en su salud física y mental.

Cuando el TC se orienta por la defensa de los derechos de las mujeres embarazadas privadas de la libertad, quienes como grupo vulnerable deben recibir atención prioritaria por parte de las instituciones públicas, lo hace enfatizando el derecho constitucional de los niños y niñas a la vida “desde su concepción” y recalcando que la afectación física y psicológica de la madre, vinculada al encierro, puede poner en riesgo el embarazo y, como consecuencia, la vida del ser que está por nacer.

No se encuentra en las decisiones del Tribunal ninguna mención a la discriminación de la que fueron objeto las demandantes en razón de su género. En efecto, el embarazo es una condición específica de la mujer. Por tanto, la sistemática negativa de las autoridades a sustituir la prisión preventiva de las mujeres privadas de la libertad que cursan un embarazo constituye una restricción ilegítima de sus derechos humanos. No solo porque debido a las circunstancias propias del encierro las peticionarias estaban impedidas de satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna, sino porque, debido a su especial condición, fueron privadas del derecho a contar con servicios de salud sexual y de salud reproductiva y de cuidados especializados durante el embarazo.

El resultado fue la violación de los derechos de las demandantes, con base en una múltiple vulnerabilidad: ser mujeres, estar en situación de pobreza, haber sido privadas de la libertad y exhibir la identidad de mala mujer que históricamente el derecho opuso al de la mujer correcta.

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.⁴³⁸

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 desmantelamiento 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.

438 Paola Bergallo y Natalia Gherardi, "Trabajo", en *La mirada de los jueces*, 132-3.

Ámbitos problemáticos para el ejercicio de los derechos de las mujeres trabajadoras: El papel de la jurisprudencia comparada

En el contexto internacional, el TC 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.⁴³⁹ 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 este un rasgo “sospechoso” de discriminación. El resultado global de esta jurisprudencia equiparadora ha sido el de la igualdad 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 TC 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.⁴⁴⁰

Dentro de la jurisprudencia de equiparación el TC 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

439 Fernando Rey Martínez, “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, en *Mujer y Constitución en España*, 433-43.

440 *Ibid.*, 435-6.

de trabajos equivalentes “desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación”, sobre la base del sexo. Por ejemplo, al TC 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 el 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.⁴⁴¹

Por otra parte, en el caso de la jurisprudencia compensadora, el TC 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 aquellas 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.⁴⁴²

De la misma manera, se recuerda la forma en que la jurisprudencia del TC 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 solo 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

441 *Ibid.*

442 *Ibid.*

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.⁴⁴³

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.⁴⁴⁴

La jurisprudencia latinoamericana también da cuenta del desarrollo del principio de igualdad y no discriminación en razón del sexo en el ámbito del trabajo. Así, por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires estableció que la práctica de contratación prioritaria de varones por parte de un empleador privado, sin razones objetivas que la justifiquen, viola las garantías constitucionales relacionadas con la igualdad y la no discriminación en razón del sexo. En este caso, dijo la Cámara, la discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada por el empleador que prefiere la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable el margen de discrecionalidad con el que cuenta para la selección de su personal, más aún si se tiene en cuenta la presunción de discriminación que se produce cuando quienes reciben el trato desigual pertenecen a grupos que

443 *Ibid.*, 454-5.

444 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.)”, *Revista de Derecho Social*, n.º 22 (2003): 117-30.

históricamente se han encontrado en una situación de desventaja. Si bien es cierto, agrega la Cámara, que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratación, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a rechazar aquellos criterios que, aun cuando hayan sido formulados en forma neutral, producen un resultado adverso para los integrantes de determinados colectivos.⁴⁴⁵

En opinión de la CC de Colombia, no existe un catálogo cerrado de actividades en las que el sexo es condición necesaria para su cumplimiento; se requiere, más bien, 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

445 Argentina Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, "Sentencia", en *Caso Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo S. A.*, 16 de diciembre de 2002.

- 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.⁴⁴⁶

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 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 solo 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 estas 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.⁴⁴⁷

El problema de la desigualdad en la remuneración –uno de los aspectos de la discriminación por sexo en el curso de la relación laboral– también ha sido abordado por los tribunales de justicia latinoamericanos. Así, por ejemplo, para la CSJ de la Nación Argentina resulta inadecuado sostener que la evaluación de tareas o del desempeño de los trabajadores constituyan una materia reservada por entero a la empresa sin que pueda cuestionarse su razonabilidad. Por el contrario, la empresa debe ser entendida como una organización cuya responsabilidad social consiste, no solo en llevar a cabo la distribución

446 Colombia Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso T-026*, 1996.

447 Bergallo y Gherardi, "Trabajo", en *La mirada de los jueces*, 146-7.

y producción de bienes, sino en hacerlo de forma equitativa, incluso en lo que atañe a su ámbito interno, utilizando métodos objetivos de evaluación de tareas con criterios comunes a todos los puestos. La empresa tiene la obligación de garantizar 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.⁴⁴⁸

No obstante, con frecuencia, 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.

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 CPE 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 art. 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 realiza el análisis de la jurisprudencia de la CSJ en materia de trabajo. En primer lugar, se hace referencia a un grupo de sentencias

448 Argentina Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Caso de Estrella Fernández contra Sanatorio Güemes S.A.*, 23 de agosto de 1988.

mediante 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”, aquel 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”.⁴⁴⁹ 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 CSJ 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 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 que disponía el art. 40 del CT, 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,

449 Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en *Género y derecho*, 78-88.

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.⁴⁵⁰

En otros casos, a pesar de que las partes se han sometido expresamente a las normas del CT, la parte empleadora, que pertenece al sector público, pretende sustraerse del derecho laboral y enmarcar la relación con la actora en el derecho administrativo:

En la cláusula quinta de este contrato se establece que tiene una duración de tres meses como período 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.⁴⁵¹

En cuanto a los llamados “contratos simulados”⁴⁵² las Salas de lo Laboral de la CSJ 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 determinaba el art. 8 del CT para establecer la existencia del contrato individual de trabajo.⁴⁵³ Las Salas han afirmado que el hecho de fijar en estos contratos la

450 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 139-2000, Rivas vs. Municipio de Guayaquil*, 19 de junio del 2000.

451 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 094-06, Lara vs. Municipalidad de Esmeraldas*, 11 de diciembre de 2007. El mismo criterio puede ser encontrado en Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 818-06, Riofrío vs. ANDINATEL*, 10 de enero de 2008.

452 Aquellos que son utilizados para evadir el cumplimiento de las obligaciones que emanan del Derecho Laboral.

453 En este sentido se pronuncian las Salas de lo Laboral en las siguientes resoluciones: Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 272-2000, Guasanga vs. Sempértegui*, 3 de octubre de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 267-2002, Zeas vs. CREA*, 29 de octubre de 2002; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 323-2002, Delgado vs. ANDINATEL SA.*, 29 de abril de 2003; Ecuador Corte

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 la trabajadora 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.⁴⁵⁴

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 desnatura el objeto de estos, 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 ECAPAG 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.⁴⁵⁵

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.⁴⁵⁶

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

Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 117-2003, Flores vs. Calero*, 22 de julio de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 84-2003, Quinteros vs. ANDINATEL S. A.*, 21 de agosto de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 230-05, Chafla vs. Federación Deportiva de Chimborazo*, 17 de marzo de 2008.

454 Un razonamiento y conclusión diferentes pueden ser ubicados en Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 118-05, Rodas vs. Pacifictel*, 13 de febrero de 2007.

455 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 45-2002, Pozo vs. ECAPAG*, 30 de julio de 2002.

456 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 265-2005, Agualongo vs. Municipio de Guaranda*, 29 de agosto de 2006.

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 le 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 artículo 35, numerales uno y cuatro.⁴⁵⁷

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 “labores agrícolas de temporada”, relación contractual determinada en el inciso cuarto del art. 17 del CT, que decía: “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 artículo 19 *ibidem*, 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.⁴⁵⁸

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

457 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 107-2005, Mera vs. INNFA*, 6 de octubre de 2006. En el mismo sentido, Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 231-2005, Mejía vs. Centro Educativo Bilingüe Interamericano*, 16 de octubre de 2006.

458 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 353-05, Tomalá vs. Hacienda La Meca*, 27 de julio de 2007.

predicados de los hombres. Se 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 orientación neoliberal.

La discusión gira, entonces, en torno al elemento de la subordinación en un contexto neoliberal. En esta parte se presentan tres tipos de sentencias. En el primer grupo se ubican aquellas 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. Esta es una sentencia que legitima de manera abierta las imposiciones 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 CSJ 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, solo 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.⁴⁵⁹

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.⁴⁶⁰

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 pronunciarse sobre el tema de la

459 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 393-2003, Jaramillo vs. Fundación de Apoyo Comunitario y Social del Ecuador (FACES)*, 9 de noviembre de 2004.

460 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 821-06, Egas vs. Fundación Ecuatoriana*, 18 de enero de 2008.

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 este disponga, en el lugar que este le señale, dentro de los horarios y regulaciones que tenga establecidos.⁴⁶¹

Este 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”.

Pero también se desarrolló una posición abiertamente favorable a los dictados 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 CSJ. 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, mediante 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, con créditos o donaciones de

461 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 387-06, López vs. SOLCA*, 17 de marzo de 2008.

la Asociación Internacional de Fomento, 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.⁴⁶²

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 CT 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 art. 8 del CT, 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 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

462 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 84-2004, Andi vs. PRODEPINE*, 26 de junio de 2007.

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.⁴⁶³

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.⁴⁶⁴ En cuanto al primer elemento, esto es, la prestación de servicios personales, la sala observó que esta 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 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 art. 1562 del CCi 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

463 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 307-2005, Andrade vs. Imbaturis*, 29 de agosto de 2006.

464 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 389-06, Chávez vs. AVON S.A.*, 7 de marzo de 2007.

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 esta 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 CSJ 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 artículo 590 del Código del Trabajo, y determinar, como tiempo de servicios, el constante en la demanda y en el juramento deferido de la trabajadora.⁴⁶⁵

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 esta es una prestación de tracto sucesivo, lo cual se deduce del contenido de la regla segunda del art. 219 del CT que se refería a la pensión “mensual” de jubilación.⁴⁶⁶

465 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 443-2000, Cantocumbamba vs. Larco*, 24 de junio de 2002. En el mismo sentido las siguientes sentencias: Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 83-2001, Pérez vs. Coop. de Transportes Pesados Puyando*, 3 de marzo de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 499-05, Anchundía vs. SOMAR S. A.*, 16 de mayo de 2007; Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 99-2001, Carrillo vs. Fábrica Poliplast*, 28 de noviembre de 2001.

466 Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 18-2000, Castro vs. Zambrano*, 15 de noviembre de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 25-2001, Román vs. Banco Popular*, 15 de mayo de 2001; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 339-00, Pérez vs. Banco Nacional de Fomento*, 12 de noviembre de 2002.

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 art. 216 (ex 219) del CT y reconocer el derecho de la actora a la jubilación patronal, argumentando que inobserva las disposiciones del art. 34 del CCi y la resolución obligatoria del Pleno de la CSJ, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 233 de 14 de julio de 1989”. La sala especializada aplicó el art. 188 del CT que, en el cuarto inciso, disponía que la fracción de un año se considerará como un año completo, por tratarse de una norma especial y “porque aun si hubiese duda, se debe aplicar el principio indubio pro laboro”.⁴⁶⁷

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 convenido 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 demandada pague a la actora la pensión jubilar, de acuerdo con los art. 219 y 220 del CT, 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 de la siguiente manera:

QUINTO.- Nuestra Constitución actual en su artículo 35, numeral 4, dispone que: “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique renuncia, disminución o alteración; y luego, en el numeral 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

467 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 302-05, Gualotuña vs. INCASA S. A.*, 28 de septiembre de 2007. Un criterio diferente en: Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 214-2000, Ubidia vs. Compañía Shering Plough del Ecuador S. A.*, 7 de noviembre de 2000: “Por haber acreditado únicamente 19 años, 11 meses, 9 días, como tiempo de servicios, no tiene derecho a la jubilación patronal.”

persigue la protección económica de quienes después de haber entregado su vida productiva, cuenten con algún sustento económico fijo mensual.⁴⁶⁸

El art. 219 del CT, 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 (num. 5, del art. 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.⁴⁶⁹

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,

468 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral, Quito, "Sentencia", en *Resolución n.º 221-2000, Espinosa vs. ABN AMRO BANK*, 27 de septiembre de 2000. Por el contrario, 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 cumplieron 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 al 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.

469 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 532-06, Aspiazu vs. Cía. KRAFT FOODS ECUADOR S. A.*, 17 de marzo de 2008.

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 aplicaron el art. 188 del CT que establecía las indemnizaciones que le corresponden al trabajador cuando es despedido intempestivamente y, en el inciso séptimo de dicha norma legal, disponía 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 aceptó su reclamación.⁴⁷⁰

En cuanto al despido intempestivo, es necesario señalar que este ha sido considerado por las Salas de lo Laboral y Social de la CSJ como un hecho unilateral, abusivo y arbitrario del empleador para dar por terminadas las 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 produjo,⁴⁷¹ afirmando que:

470 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en Resolución n.º 312-2000, *Fabre vs. Colegio Rodhe Arosemena*, 24 de octubre de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en Resolución n.º 418-2000, *Intriago vs. Banco del Pichincha. CA.*, 16 de enero de 2001.

471 Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 310-2000, *Pumayugra vs. Unidad Educativa Mariscal Sucre*, 17 de octubre de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 270-2000, *Vélez vs. Constructora Moreano Cía. Ltda.*, 13 de noviembre de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 417-99, *Gonzenbach vs. Banco del Pichincha*, 30 de marzo de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 32-2002, *Herdoiza vs. Confecciones Linda Cía. Ltda.*, 20 de mayo de 2002; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 175-2003, *Palacios vs. Embotelladora Azuaya*, 16 de septiembre de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 340-2003, *Villavicencio vs. Mirasol*, 3 de marzo de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 218-2004, *Berru vs. Lloyds Bank*, 4 de noviembre de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 355-04, *Ibarra vs. Cáceres*, 31 de mayo de 2006; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 89-05, *Fernández vs. Dávalos*, 30 de mayo de 2006; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 035-05, *Inca vs. Hotel Chalet Suisse*, 29 de marzo de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en Resolución n.º 97-2005, *Vásquez vs. Cardona*, 6 de noviembre de 2007.

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 de 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.⁴⁷²

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.⁴⁷³

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

472 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 451-05, Maldonado vs. Almacenes De Pratti S. A.*, 15 de abril de 2008.

473 Ver Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 255-2000, Domínguez vs. Eveready del Ecuador*, 23 de agosto de 2000. En el mismo sentido: Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 254-02, Macías vs. INEPACA*, 29 de octubre de 2002; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 417-99, Gonzenbach vs. Banco del Pichincha*, 29 de marzo de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 138-2003, Díaz vs. Importadora El Rosado*, 24 de junio de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 145-2001, Yanqui vs. Cántag*, 2 julio 2 de 2001; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 145-03, Vega vs. Andinatel S. A.*, 28 de octubre de 2003.

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 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.⁴⁷⁴

De la misma manera, existió acuerdo en aplicar uniformemente el inc. 20 del art. 183 del CT, que determinaba que: "La resolución del Inspector no quita el derecho de acudir ante el juez del trabajo, pues, solo 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 CSJ,⁴⁷⁵ 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.⁴⁷⁶

Existe un criterio uniforme acerca 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 este demostrar el hecho. Si el demandado no logra acreditar procesalmente la existencia del "abandono" del trabajo alegado por él, opera la sanción por despido.⁴⁷⁷

474 En este sentido, Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 435-06, Campuzano vs. ANAJAM*, 18 de septiembre del 2007; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 487-06, Cobeña vs. ANAJAM*, 30 de noviembre de 2007; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 288-05, Hernández vs. Narváez Silva*, 17 de julio de 2008; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 368-05, Becerra vs. Coop. de Transportes San Miguel de Ibarra*, 29 de julio de 2008.

475 Registro Oficial 412, 6 de abril de 1990.

476 Ver: Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 130-2000, Enireb vs. Junta de Beneficencia de Guayaquil*, 11 de septiembre del 2000; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 214-2000, Ubidia vs. Compañía Shering Plough del Ecuador S.A.*, 7 de noviembre de 2000; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 355-2005, Ibarra vs. Cáceres*, 31 de mayo de 2006; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 338-2002, Cueva vs. Coop. Ahorro y Crédito "Padre Julián Lorente"*, 24 de marzo de 2004.

477 Ver, por ejemplo, Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 217-2002, Angulo vs. Cooperativa de Ahorro y Crédito Pablo Muñoz Vega Ltda.*, 29 de abril de 2003; Ecuador

Igualmente, existió reiterada jurisprudencia de la CSJ sobre la confección ficta en el sentido de que habiéndose hecho la notificación correspondiente para que el demandado confiese, si este no comparece, sin razón valedera, debía aplicarse el precepto del art. 133 del CPC, 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.⁴⁷⁸

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

Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 265-2001, Manzaba vs. Farmacia SUMEDICA*, 24 de marzo de 2004; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 47-2004, Murillo vs. Jalil*, 26 de enero de 2005; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 402-04, Zambrano vs. Banco de Guayaquil*, 11 de mayo de 2006; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 018-2005, Fabre vs. Juan Marcel*, 29 de septiembre de 2006; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 153-2005, Ruiz vs. Constructora Paredes Camacho*, 29 de agosto de 2006; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 229-2005, Massay vs. Banco Territorial S. A.*, 26 de julio de 2006; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 443-2005, Ayala vs. Compañía Colegio Francés de Quito*, 18 de diciembre de 2006; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 007-2006, Cárdenas vs. Canelos y otro*, 20 de septiembre de 2006; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 463-2006, Viracucha vs. D. M. Construcciones Cosmecam S. A.*, 11 de diciembre de 2006; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 499-05, Anchundia vs. SOMAR S. A.*, 16 de mayo de 2007; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 409-05, Alay vs. Distribuidora Salvatierra*, 31 de enero de 2008; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 334-2006, Jiménez vs. LAAR Cía. Ltda.*, 10 de enero de 2008; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 038-07, Proaño vs. Laboratorio Fotográfico Profesional Ronald*, 20 de diciembre de 2007; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 669-06, Arias vs. Colegio Los Alpes*, 17 de marzo de 2008; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 1052-06, Arboleda vs. "Hotel Francisco"*, 29 de julio de 2008.

⁴⁷⁸ Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución 198-2001, Álvarez vs. ENPROVIT-MAG*, 28 de noviembre de 2001; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución 288-2001, Contreras vs. Casa Briz Cía. Ltda.*, 19 de noviembre de 2001; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución 266-2002, Sánchez vs. Empresa IMBIREP Cía. Ltda.*, 19 de noviembre de 2002; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución 340-2003, Villavicencio vs. Mirasol*, 3 de marzo de 2004; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución 12-2004, Ávila vs. Banco del Pichincha C. A., SOTEM Cía. Ltda.*, 27 de mayo de 2004; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución 161-2004, Morocho vs. Palta y otro*, 24 de enero de 2006; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución 499-05, Anchundia vs. SOMAR S. A.*, 16 de mayo de 2007; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución 353-05, Tomalá vs. Hacienda La Meca*, 27 de julio de 2007; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución 409-05, Alay vs. Distribuidora Salvatierra*; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución 451-05 de 15 de abril del 2008, Maldonado vs. Almacenes De Pratti S. A.*, 31 de enero de 2008; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 669-06, Arias vs. Colegio Los Alpes*, 17 de marzo del 2008.

unilateralmente la relación laboral: no cancelar oportunamente las 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 exhibibilidad 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.⁴⁷⁹

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 haberse disminuido la remuneración que percibía,⁴⁸⁰ 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.⁴⁸¹ 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.⁴⁸²

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.⁴⁸³ No obstante, de acuerdo con la resolución de la CSJ no es indispensable en tales casos que la trabajadora

479 Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 32-2002*, Herdoiza vs. Confecciones Linda Cia. Ltda., 20 de mayo de 2002; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 286-2003*, Briones vs. Empresa Portuguesa S. A., 25 de marzo de 2004; Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 153-2005*, Ruiz vs. Constructora Paredes Camacho, 29 de agosto de 2006.

480 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 4-2000*, Jiménez vs. Banco de Fomento, 29 de marzo 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 (Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 278-05*, Ortiz vs. Consejo Provincial de Loja, 10 de septiembre de 2007).

481 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 443-2005*, Ayala vs. Compañía Colegio Francés de Quito, 18 de diciembre de 2006.

482 Ecuador Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 53-2000*, Baille vs. MIDUVI, 10 de abril de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 1-2001*, Ortega vs. EMELBO, 17 de julio de 2001.

483 Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 712-06*, Martínez vs. Empresa Celular Online, 19 de febrero del 2008.

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.⁴⁸⁴

En cuanto al valor del acta de finiquito, existe criterio unánime sobre la facultad de los trabajadores para impugnar las actas de finiquito, documentos que tienen 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.⁴⁸⁵ 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 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.

484 Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 77-2004, *Herrera vs. Banco Nacional de Fomento*, 24 de noviembre de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 1090-2006, *Amat vs. ANDINATEL S. A.*, 19 de noviembre de 2007.

485 Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 335-99, *Peñañiel vs. Andrade*, 30 de marzo de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 168-2002, *Salto vs. Autoridad Portuaria de Guayaquil*, 21 de agosto de 2002; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 177-2001, *Pavón vs. Autoridad Portuaria de Guayaquil*, 6 de junio de 2002; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 278-2002, *Oscue vs. Baquerizo*, 12 de febrero de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 279-2003, *Zambrano vs. Autoridad Portuaria de Manta*, 19 de enero de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 96-2004, *Aliatis vs. Filanbanco S. A.*, 2 de junio de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 250-2004, *Mieles vs. SOLCA*, 12 de octubre de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 252-04, *Villegas vs. SOLCA*, 28 de septiembre de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 81-2003, *Ruiz vs. FILANBANCO S. A.*, de 25 de mayo de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 296-2003, *Buzzeta vs. Aut. Portuaria de Guayaquil*, 25 de mayo de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 181-2004, *Monge vs. Banco La Previsora (Filanbanco S. A.)*, 28 de septiembre de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 321-2003, *Chancay (procuradora común de los herederos de López) vs. Autoridad Portuaria de Guayaquil*, 10 de enero de 2006; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 158-2005, *Porrás vs. Vasco Villacís*, 9 de marzo de 2006; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 236-2005, *Zamora vs. I. Municipalidad de Quevedo*, 17 de octubre de 2006; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 57-2005, *Campuzano vs. CIA. NEW YORKER S.A.*, 28 de marzo de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 200-2005, *Villa vs. Contreras*, 30 de abril de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 520-05, *Bautista vs. ANDINATEL S. A.*, 25 de septiembre de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 298-2005, *Sánchez vs. ANDINATEL S. A.*, 13 de noviembre de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 302-05, *Gualotuña vs. INCASA S. A.*, 28 de septiembre de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en Resolución n.º 214-2006, *Veloz vs. Banco Ecuatoriano de la Vivienda*, 25 de junio de 2007.

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.⁴⁸⁶

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 184 del CT y el art. 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.⁴⁸⁷

En algunos casos, las mujeres aparecen como actoras en representación de los herederos del trabajador fallecido. Nos interesa destacar dos sentencias, por el debate 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

486 Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 180-2002, Ramos vs. Hacienda Tabacalera La Meca*, 14 de abril de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución 198-2001, Álvarez vs. ENPROVIT-MAG*, 28 de noviembre de 2001; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 67-02, Andrade vs. Petrocomercial*, 3 de junio de 2002; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 197-02, Loor vs. Industria Ecuatoriana Productora de Alimentos INEPACA*, 26 de agosto de 2002; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 247-2002, Bazarro vs. INEPACA*, 7 de mayo de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución 56, Del Salto vs. Autoridad Portuaria de Guayaquil*, 5 de mayo de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 109-2003, Carreño vs. INEPACA*, 31 de julio de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 353-2001, Abeiga vs. C. R. M.*, 4 de marzo de 2002; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 372-99, Hidalgo vs. MIDLVI*, 28 de marzo de 2000; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 49-2001, Salazar vs. Compañía Maquinaria y Vehículos S. A. (MAVESA)*, 16 de mayo de 2001; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 55-2001, Valverde vs. Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG*, 29 de mayo de 2001; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 200-03, Orlando vs. Filanbanco S. A.*, 21 de octubre de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 275-2003, Becerra vs. ANDINATEL S. A.*, 19 de enero de 2004; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 420-2004, Carrasco vs. COINVER*, 29 de junio de 2006; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 302-05 Gualotuña vs. INCASA S. A.*, 28 de septiembre de 2007.

487 Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 107-2005, Mera vs. INNFA*, 6 de octubre del 2006; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 094-06, Lara vs. Municipalidad de Esmeraldas*, 11 de diciembre del 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 708-2006, Paredes vs. Instituto Educativo Henri Becquerel*, 12 de septiembre de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 288-05, Hernández vs. Narváez Silva*, 17 de julio de 2008.

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 cuando se había iniciado el juicio. En efecto, se habían dejado de lado preceptos como el del art. 2433 del CCi 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 CT se guían por principios del derecho social y la protección a los grupos vulnerables.⁴⁸⁸

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 que disponía el art. 359 del CT, 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 este, salvo los casos de accidente provocado por fuerza mayor extraña al trabajo. Por su parte, el art. 174 del Estatuto Codificado del IESS, vigente al 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.⁴⁸⁹

Los reclamos de género en el ámbito laboral: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador

A continuación, se analizan diversos aspectos especialmente relacionados con la temática de género en el ámbito laboral. En primer lugar, se

488 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 458-2000, Hurtado vs. Industria Cartonera Ecuatoriana*, 22 de mayo de 2002.

489 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 22-2004, Gutiérrez vs. “TELCO”*, 26 de abril de 2004.

analiza cómo la CSJ 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.

La protección de los derechos de la mujer trabajadora debido a su estado de embarazo

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.⁴⁹⁰ Tradicionalmente se ha planteado que la protección del embarazo constituye una excepción al principio de igualdad. Sin 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 género 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.⁴⁹¹

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

⁴⁹⁰ 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 la Unión Europea de 3 de febrero de 2000”, en *Revista de Derecho Social*, n.º 11 (2000): 103-12.

⁴⁹¹ *Ibid.*

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 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.⁴⁹²

En el ámbito de la jurisprudencia comparada, ha sido reconocida la labor del TC español,⁴⁹³ 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 solo 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 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

492 *Ibíd.*

493 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], 239-42.

empresario, ni la contratación ni el despido deberían tener como causa el sexo de la trabajadora.⁴⁹⁴

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.⁴⁹⁵

Una de las mayores dificultades que afronta la trabajadora es la prueba de la 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, se ha sostenido que la presunción de discriminación debería ampliarse a la simple existencia del embarazo.⁴⁹⁶

En la práctica, la prohibición legal de despido por embarazo ha provocado nuevas formas de discriminación.⁴⁹⁷ 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.⁴⁹⁸ En efecto,

494 Jaime Cabeza Pereiro y José Fernando Lousada Arochena, “Discriminación por embarazo en el acceso a un trabajo temporal”, en *Revista de Derecho Social*, n.º 16 (2001), 122-18.

495 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”, *Revista de Derecho Social*, n.º 24 (2003): 109-12.

496 *Ibid.*, 116-9.

497 Cabal, Motta y Velásquez, comp., *Más allá del derecho*, 12.

498 Julieta Lemaitre Ripoll, “Alcance de la reforma legal: La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia”, en *Más allá del derecho*, 230-8.

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 CC y la CSJ 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 CC, orientada a poner en evidencia la falta de claridad que existía por la supuesta contradicción de dos artículos del CL. Por una parte, el art. 239 prohibía el despido a la mujer embarazada y decía que, de darse dicho 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 art. 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 CSJ 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 solo 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 CC 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 CC 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.⁴⁹⁹

Lejos estuvo de resolverse pacíficamente este conflicto. La CSJ se negó a acatar dicha interpretación. Fue cuando la CC empezó a aceptar la procedencia de las tutelas por despido en casos de embarazo, aplicando así su doctrina mediante 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

499 *Ibíd.*

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 CC colombiana no solo cambió en la práctica el contenido de la norma, sino que además amplió las posibilidades de protección para los casos de despido por embarazo.⁵⁰⁰

Además, en la década del 90 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.⁵⁰¹

En este contexto, la jurisprudencia de la CC colombiana se ocupó de la desprotección de las mujeres embarazadas en los contratos “flexibles”.⁵⁰² 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 esta 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 solo 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

500 *Ibíd.*

501 Alison Vásquez R., “Mujeres, trabajo y pobreza”, en Mercedes Prieto, edit., *Mujeres ecuatorianas. Entre las crisis y las oportunidades 1990-2204*, 270-3.

502 Julieta Lemaitre, “Alcance de la reforma legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia”, en *Más allá del Derecho*, 246-62.

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 art. 154, incisos tercero y cuarto, del CT establecía que la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio, desde la fecha en que se inicie el embarazo, particular que deberá ser justificado con la presentación del certificado médico otorgado por un/a profesional del IESS y, a falta de este, por otro/a facultativo/a. En caso de despido o desahucio, el Inspector del Trabajo debía 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 CSJ 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 CT, 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 CT, 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 posparto de la trabajadora, había

lugar a la indemnización prevista en el art. 154 del CT 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 postparto, ya que siguiendo las normas de interpretación jurídica consagradas en el artículo 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 solo hubiera querido proteger el período de gestación, no habría reconocido el derecho del artículo 152 ni hubiera establecido la prohibición y sanción de los artículos 153 y 154 en armonía con lo dispuesto en el artículo 174, numeral 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 artículo 153, ya que en ese supuesto estas últimas normas resultarían inútiles e innecesarias.⁵⁰³

No obstante, las Salas de lo Laboral de la CSJ 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 este 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 artículo 154, inciso tercero del Código del Trabajo.⁵⁰⁴

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

503 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 16-99, Mayorca vs. Empresa Ensa Editoriales Nacionales S.A.*, 6 de mayo 1999.

504 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 231-2005, Mejía vs. Centro Educativo Bilingüe Interamericano*, 16 de octubre de 2006.

intempestivo.⁵⁰⁵ Tampoco procedía la indemnización por despido si este se producía cuando ya no estaba vigente la garantía de protección a mujer embarazada que se regulaba en el art. 152 del CT.⁵⁰⁶

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 IESS y, a falta de este, por otro facultativo, se valoraba como prueba plena las certificaciones que habían sido otorgadas en cualquiera de las dos situaciones señaladas.⁵⁰⁷ 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 este tuvo conocimiento de tal circunstancia, se aplicaba la garantía de protección a favor de la mujer embarazada.⁵⁰⁸

Es necesario hacer mención al caso de una trabajadora que presentó ante el presidente de la CSJ 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 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 CSJ, como juez de primer nivel, dictó sentencia declarando con lugar la demanda. El demandado inconforme con dicha resolución apeló, radicándose la competencia en la Segunda Sala. El demandado fundamentó su recurso en el art. 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.

505 Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 409-05, Alay vs. Distribuidora Salvatierra*, 31 de enero del 2008; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 708-2006, Paredes vs. "Instituto Educativo Henri Becquerel"*, 12 de septiembre de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 368-05, Becerra vs. Coop. de Transportes San Miguel de Ibarra*, 29 de julio de 2008.

506 Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 334-2006, Jiménez vs. LAAR Cía. Ltda.*, 10 de enero de 2008.

507 Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 406-2000, Rodríguez vs. Diners Club del Ecuador S. A.*, 17 de enero de 2001; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 218-2004, Berru vs. Lloyds Bank*, 4 de noviembre de 2004.

508 Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 191-2004, Fierro vs. Almacén Confecciones Carrillo*, 16 de febrero de 2005; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 57-2005, Campuzano vs. CIA. NEW YORKER S.A.*, 28 de marzo de 2007.

La respuesta de la sala especializada se basó en que la CPE 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 esta había concluido por la voluntad unilateral del empleador, y que, por tanto, procedían las indemnizaciones correspondientes.⁵⁰⁹

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.

Las mujeres y su vocación "natural" para el trabajo doméstico

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, muchas de las cuales provienen de minorías étnicas, están en situación de pobreza 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 licencias 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

509 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en Resolución n.º 140-2003, *Peralta vs. Embajador de la República de Egipto*, 9 de julio de 2003.

de un ámbito jurisdiccional distinto al judicial con estándares también más flexibles e informales.⁵¹⁰

En el año de 1998 la CC de Colombia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la diferencia de trato establecida para las empleadas del servicio doméstico en el estatuto laboral colombiano. Mediante una demanda de acción pública de inconstitucionalidad⁵¹¹ se solicitó que sea declarado inexecutable el art. 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 CC había considerado que, por las características “propias” de esta modalidad de trabajo, era “razonable” la disposición del art. 162 del Código Sustantivo del Trabajo que excluía de la regulación sobre jornada máxima legal a los trabajadores del servicio doméstico.⁵¹²

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 el trabajo doméstico. 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 diez 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 los términos de la legislación laboral.⁵¹³

En el ámbito ecuatoriano, son varios los casos que muestran –mediante la jurisprudencia de la CSJ– 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

510 Bergallo y Gherardi, “Trabajo”, en *La mirada de los jueces*, 245-6.

511 Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso C-372*, 1998.

512 Colombia Corte Constitucional “Sentencia”, en *Caso C-051*, 1995.

513 Bergallo y Gherardi, “Trabajo”, en *La mirada de los jueces*, 246-9.

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 les 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 hay lugar en derecho a la oposición formulada, en razón de que la valoración de la prueba que ha efectuado la Sala de instancia 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.⁵¹⁴

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 CT, cuando en numerosos fallos la CSJ 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 debido a “la incapacidad” de la actora. Lo primero que la sala recordó era que, en materia laboral, al tenor de lo que se disponía en el inciso segundo del art. 40 del CT, 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 CSJ, afirmó:

En numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia, se ha desestimado el reclamo de remuneraciones, cuando este abarca todo el tiempo de servicios,

514 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 298-2000, Enríquez vs. Enríquez*, 19 de septiembre de 2000.

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 dinerario que deviene del cobro de la remuneración, para poder adquirir los bienes indispensables para la subsistencia. Más 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 esta 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.⁵¹⁵

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 remuneraciones adeudadas del último trimestre, según el artículo 94 del Código del Trabajo y los intereses que corresponden según lo que ordena el artículo 611 del mismo código.⁵¹⁶

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

515 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 248-2000, Miranda vs. Soto*, 12 de septiembre de 2000.

516 *Ibid.*

cuales habían sido probados a partir de la declaración 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 niña; que atendía a su niña y hermana, pero sin desatender sus obligaciones de sirvienta, que siempre ocupó su puesto de sirvienta y cuando los cobraba el sueldo le daban anticipos de 30 y 50.000 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”, esta frecuentemente ha estado alejada de la protección legal, al punto de que fueron las propias Salas de lo Laboral de la CSJ las que sentaron jurisprudencia en el sentido de inadmitir reclamaciones laborales referidas a la remuneración de todo el tiempo de trabajo.

Los trabajos de cuidado extendidos al espacio público

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.⁵¹⁷

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*.⁵¹⁸

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 estos 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 a los

517 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 20-2004 Molina vs. Semanate y otros*, 21 de abril de 2004.

518 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 63-2003, Barahona vs. Comisariato Fuerza Terrestre*, 7 de mayo de 2003.

trabajos de cuidado del paciente que históricamente fueron configurados 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.⁵¹⁹

Está claro que las tareas que cumplen las auxiliares de enfermería no se 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”.⁵²⁰

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 IESS, quien aseveraba que la demandante, una auxiliar de enfermería, no estuvo sujeta a las normas del CT, sino a las de la LSCCA, razón por la cual al contestar la demanda opuso la excepción de incompetencia del juzgador. 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

519 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 257-2001, Yuquilema vs. Narváez*, 8 de noviembre de 2001.

520 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 ha realizado con autonomía o propia dirección, de acuerdo con los conocimientos adquiridos durante la preparación universitaria, sino a partir de órdenes o instrucciones externas. Ver: Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 392-2000, Cevallos vs. Clínica “Cristo Redentor”*, 19 de febrero de 2001.

razón de que en las actividades que cumplía preponderaba esencialmente su esfuerzo físico o manual, y el 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.⁵²¹

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 extrabajadora 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 el indicado organismo no tenía facultad o atribución para oponerse a los dictados de la Constitución, de la ley y del contrato colectivo.⁵²²

En varias de las situaciones planteadas a la administración de justicia 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 CSJ 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

521 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, "Sentencia", en *Resolución n.º 42-03, Estévez vs. IESS*, 11 de marzo de 2003.

522 También 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, Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 90-2003, Marín vs. IESS*, 5 de junio de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 141-2003, Tipán vs. IESS*, 10 de julio de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 310-2002, Toledo vs. IESS*, 4 de septiembre de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 185-2003, Mera vs. IESS*, 4 de septiembre de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 150-2003, Armendáriz vs. IESS*, 23 de octubre de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 180-2003, Gavilanes vs. IESS*, 10 de septiembre de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 214-2004, Valdez vs. IESS*, 13 de septiembre de 2004.

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.⁵²³

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 sana crítica (art. 119 Código de Procedimiento Civil, no ha incurrido en el vicio de errónea interpretación del art. 8 del Código del Trabajo.⁵²⁴

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”.⁵²⁵

Existen otras decisiones sobre trabajados de cuidado desarrollados por mujeres en el mundo público bajo el “sistema de bonificación”. Es importante destacar que este 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

523 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, Resolución n.º 108-2002, *Cajape vs. Clínica Azuay*, 19 de marzo de 2003.

524 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, Resolución n.º 37-2002, *Pillasagua vs. Rosero*, 18 de abril de 2002.

525 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, Resolución n.º 341-02, *Pineda vs. Ministerio de Salud*, 5 de marzo de 2003. Un caso similar es analizado en Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en Resolución n.º 346-2003, *Castillo vs. Ministerio de Salud*, 16 de diciembre de 2003.

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 CSJ 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 fijada 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.⁵²⁶

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.

Una situación análoga fue estudiada por la Segunda Sala de lo Laboral de la CSJ, 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” mediante el “sistema de bonificación”.

526 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 211- 2000, Avilés vs. Ministerio de Educación*, 30 de agosto 30 de 2000.

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 CT. 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 por parte 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 como tal, en forma expresa, 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 del Estado, 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 establecía el art. 8 del CT, a pesar de que los demandados habían presentado varios instrumentos con el fin de debilitar las afirmaciones de la accionante.⁵²⁷

Históricamente, las mujeres han estado al frente de la prestación directa de todos los servicios básicos al conjunto de la población mediante 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 constituyen un verdadero trabajo. Por ello, la pretensión de mantener a las mujeres en sus numerosos papeles sociales, sin que

527 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Laboral y Social, “Sentencia”, en *Resolución n.º 39-2003, Vergara vs. Instituto Nacional del Niño y la Familia*, 12 de mayo de 2003.

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.⁵²⁸

Por lo expuesto, para hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y 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 esta 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.

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia

La mujer mediante los códigos penales

Históricamente, los códigos penales habían establecido significativas diferencias de trato entre hombres y mujeres, reflejando y reproduciendo concepciones patriarcales,⁵²⁹ tal es el caso del privilegio atenuante 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 solo era delito para la esposa, pero no para el marido; la infidelidad conyugal del marido solo era punible como amancebamiento. 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 rapto, supuestos en los que la mujer era el único sujeto amparado, no obstante, en realidad,

528 Ver el artículo de María Ángeles Durán, “Los derechos constitucionales de las amas de casa y los trabajadores autónomos”, en *Mujer y Constitución en España*,.

529 Cecilia Suay Hernández, “Las mujeres, la Constitución y las normas penales”, en *Mujer y Constitución en España*, 595-621.

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 esta 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 estos iba dirigida la protección jurídico-penal. La mujer solo 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.⁵³⁰

Junto con las desigualdades sustantivas estaban también las de tipo procesal. Por ejemplo, los delitos contra la honestidad tenían carácter privado, pues para iniciar el 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 archivararse si mediaba el perdón expreso o presunto⁵³¹ 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.⁵³²

En el contexto latinoamericano, la década de 1990 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

530 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), 19-20.

531 Que se presumía por el matrimonio de la ofendida con el ofensor.

532 Gladys Acosta Vargas, *La mujer en los códigos penales de América Latina y El Caribe Hispano*, en *Género y derecho*, ed. Alda Facio (Quito: UNIFEM / UNICEF, 1996), 13.

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:

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.⁵³³

Por ello es por lo 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.⁵³⁴

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 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.⁵³⁵

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

533 Lorena Fries, “Sexualidad y reproducción, una legislación para el control: El caso chileno”, en: Alda Facio y Lorena Fries, eds., *Género y Derecho*, 704.

534 Julieta Lemaitre, “Violencia”, en *La mirada de los jueces*, 549-52.

535 *Ibid.*, 582-3.

protección de otros “bienes jurídicos”, como la honra, las buenas costumbres, etc.; o vulneraban su capacidad y derecho de decisión.⁵³⁶ 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.⁵³⁷ 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 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.⁵³⁸

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 feministas⁵³⁹ 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 solo 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 término mujer es utilizado en relación con el embarazo, el parto, es decir, con la mujer considerada en su rol de madre. Este es el estereotipo de rol femenino. Maternidad, sexualidad y dependencia son las características de la mujer como objeto de represión y/o tutela.⁵⁴⁰

536 Acosta Vargas, *La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe Hispano*, 56-7.

537 Laura Salinas Beristán, *Derecho, género e infancia*, 225.

538 *Ibíd.*, 21.

539 Ver, por ejemplo, Elena Larrauri, “Una crítica feminista al Derecho penal”, en *Mujer, Derecho y Sociedad*, 47-62.

540 Lucila Larrandart, “Control social, derecho penal y género”, en Haydeé Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal* (Buenos Aires: Biblos, 2000), 100.

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 mujer,⁵⁴¹ 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”.⁵⁴²

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.⁵⁴³

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 este. 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.⁵⁴⁴ 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

541 Graciela Edit Otano, “La mujer y el derecho penal. Una mirada de género”, en Haydeé Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo*, 119-120.

542 Alberto Bovino, “Delitos sexuales y justicia penal”, en *Las trampas del poder punitivo*, 187.

543 Elena Larrauri, “Control informal: Las penas de las mujeres”, en *Mujeres, derecho y criminología*, comp. Elena Larrauri (Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1994), 1-9.

544 *Ibid.*

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, mediante el cual se controla el poder de definir las como “buenas” o “malas”, sobre todo, mediante su comportamiento sexual, así, la mujer debe ser honrada, no puede llevar una “vida licenciosa”, debe tener una “buena reputación”.⁵⁴⁵

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 mediante 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, mediante diversos medios, menos visibles, pero más amplios y más eficaces, sustentados en criterios de clase social y pertenencia étnica. 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.⁵⁴⁶

Los delitos sexuales y el rol de la jurisprudencia

Las prácticas jurídicas mediante las cuales se define la calidad de víctima de ciertas personas⁵⁴⁷ se ha caracterizado por desatender los intereses concretos de las 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 mediante decisiones judiciales que traducen un conjunto de prejuicios en su contra. La mujer ha sido presentada como “provocadora”, “libertina”, “portadora de hábitos sexuales

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ Nanette J. Davis y Karlene Faith, “Las mujeres y el Estado: Modelos de control social en transformación”, en *Mujeres, derecho y criminología*, 112-7.

⁵⁴⁷ Inma Valeije, “La víctima en los delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XXII, 314-32, sostiene que el empleo del término “víctima” desplaza una concepción de la violencia 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 enraizan la violencia.

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.⁵⁴⁸

En el caso de los delitos sexuales, la justicia penal se ha caracterizado por no asignar el estatus 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 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 solo 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.⁵⁴⁹

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 inculgado, así:

el juez evalúa negativamente el hecho de que la víctima no denuncia inmediatamente la violación [...] Estas apreciaciones ignoran que solo 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

548 Alberto Bovino, “Delitos sexuales y justicia penal”, en *Las trampas del poder punitivo*, 208.

549 M^a Dolores Fernández Rodríguez, “Condición femenina y represión”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XVI, 10-1.

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.⁵⁵⁰

El hecho de que la mujer retire su denuncia es una respuesta comprensible frente a la forma cómo 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 percepción de amenaza que el agresor experimenta en torno al proceso penal, 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 cuál 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 los vínculos pasados y por las incertidumbres del futuro.⁵⁵¹

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 solo 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.⁵⁵²

550 Villanueva Flores, "Análisis del derecho y perspectiva de género", en *Sobre género, derecho y discriminación*, 44.

551 Elena Larrauri, "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?", en *Ciencias Penales*, n.º 22 (2004), 8.

552 Lemaitre, "Violencia", en *La mirada de los jueces*, 581.

Otro de los problemas comunes que enfrentan las mujeres es la apreciación que hacen los jueces del examen médico legal, sobre todo, cuando no aparecen lesiones físicas o estas son mínimas. Tradicionalmente, la ausencia de 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.⁵⁵³

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 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 solo marca las opciones ideológicas de una sociedad, sino que obliga a analizar el impacto que tiene en el quehacer judicial.⁵⁵⁴

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

553 Lorena Frías, "Sexualidad y reproducción, una legislación para el control: El caso chileno", en *Género y derecho*, 697.

554 *Ibid.*, 705.

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 personas 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.⁵⁵⁵

Finalmente, también se suscitan problemas cuando personas menores de edad que son víctimas de delitos sexuales 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 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.⁵⁵⁶

En la siguiente sección se analiza el rol de la jurisprudencia de la CSJ 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 mediante el 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.

¿Qué es acceso carnal?:

Una discusión técnica o una discusión política

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

555 Villanueva Flores, “Análisis del derecho y perspectiva de género”, en *Sobre género, derecho y discriminación*, 45-7.

556 Laura Padilla Varela, “Delitos contra la libertad sexual”, en María José Varela Portela, coord., *Mujer y Justicia*, 57.

unos casos las discusiones de los jueces se apoyan en forma explícita en criterios doctrinales que no están exentos 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 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 CSJ discutió qué se debía entender por acceso carnal a partir de la existencia de dos posturas doctrinarias.⁵⁵⁷ 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 CSJ había dicho en varios fallos que definían el acceso carnal señaló lo siguiente:

Entendiéndose por acceso la acción de llegar, de acercarse, también la cópula o ayuntamiento carnal. Las dos aceptaciones 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.

557 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 84-99*, 1 de marzo de 1999.

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 art. 512 del CP por el CN, 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:

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 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 esta se produzca únicamente cuando hay un desgarramiento, 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 num. 1, 2 y 3 del art. 512 del CP.⁵⁵⁸

558 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 164-04*, 10 de marzo de 2004.

Esta controversia se revelará continuamente en el examen de los casos concretos sometidos a examen por parte del tribunal inferior, en el criterio del MP, así como en el análisis que efectúen las distintas salas de la CSJ cuando llegan a conocer los recursos de casación.

Las circunstancias que rodean al delito y la reproducción de los imaginarios sociales

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”⁵⁵⁹ 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 CSJ, 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 art. 506 del CP que tipificaba el atentado contra el pudor.⁵⁶⁰ El fallo de minoría, por el contrario, considerando que la edad de la agraviada era un elemento de la infracción, concluyó que la condena que debía imponerse al sindicado 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 doce 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

559 Que siempre comportan una concepción política sobre la justicia y el papel del operador jurídico en su materialización.

560 Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 80-99*, 15 de marzo de 1999.

persona menor de edad, prácticamente no genera controversia.⁵⁶¹ De ello es reflejo el número de casos que, por delitos sexuales cometidos en contra de niñas y adolescentes mujeres, y de niños, llegaron por recurso de casación a la CSJ. 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.

Las reglas formales y la forma en que los jueces las aplican

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 aquellas 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.⁵⁶² Este caso ilustra la forma en la que el Tribunal Penal utiliza la denominada “doctrina de la corroboración” –elaborada en los años 60 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.⁵⁶³

Distinta es la conclusión a la que llega la Primera Sala de la CSJ, 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

561 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.

562 Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 146-99*, 31 de mayo de 1999.

563 Ver al respecto el análisis que realiza Motta, dir., *Observatorio legal de la mujer*, 24, sobre esta doctrina en la jurisprudencia norteamericana.

de la prueba consignadas en los art. 64 y 67 del CPP, pues, la sana 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 MP, 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 habían 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".⁵⁶⁴

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 CMF, 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 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 sindicado respecto de si existieron o existen huellas en su cuerpo, rotura de vestimentas, o algo que evidencie que fue forzada a estos 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 Villaflores por una calle transitada de vehículos, por espacio de 2.000 metros,

564 *Ibíd.*, 24. Según Cristina Motta, 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 físicas que posa la mujer para resistir la penetración, y se debe demostrar que ello existió hasta que se consumó la ofensa".

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 estos 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.⁵⁶⁵

Existiendo duda, la sala dictó sentencia absolutoria en favor del encausado. Este es uno de los pocos casos que logran sortear la mayor cantidad de obstáculos de la carrera que 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.

La intimidad del hogar y el ejercicio perpetuo del poder

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 la forma en que los jueces evalúan la existencia de circunstancias atenuantes y agravantes de la infracción. 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 artículo 157 y lo reseñado en el inciso 2do. del artículo 326 ambos del CPP 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 con base en 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 13:00 aproximadamente; del testimonio propio rendido por [la testigo], aparece que la ofendida miente en declaración preprocesal o

565 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 406-02*, 26 de agosto de 2002.

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.⁵⁶⁶

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 que se contemplaban en el num. 4 del art. 30 del CP (“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. Mediante esta afirmación el Tribunal pretendió descartar la circunstancia prevista en el num. 1 del art. 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, cuya madre tuvo que viajar fuera de la ciudad, 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, esta 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. Este entró y le empujó a la fuerza hacia uno de los cuartos, cerrando las ventanas y la puerta. 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. Este 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 (num. 1 del art. 30 del CP). Adicionalmente, el acusado ejecuta el hecho punible abusando de su autoridad, así como de la amistad o de la confianza que se le dispensó la madre de los niños/as. (num. 4). Sin embargo, el Tribunal Penal consideró que el acusado había justificado atenuantes

566 Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 140-99*, 12 de mayo de 1999.

(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.⁵⁶⁷

La sala concluyó que, por haber existido 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 lo que establecían los art. 512 y 513 del CP, sin reducción de pena, por considerar que el hecho había producido gran alarma social, apreciando también que el vínculo de afinidad entre

567 Ibid.

padrastra e hijastra, quienes vivían en la misma casa, también constituía una circunstancia agravante que impedía la reducción de la pena.⁵⁶⁸ 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.⁵⁶⁹

La convivencia armónica de los ciudadanos: El matrimonio del acusado con la víctima

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 edad⁵⁷⁰ 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 de 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 referirse a 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 había abocado debido al abuso sexual consumado por su enamorado” que este 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.⁵⁷¹

Un criterio similar fue expuesto por la Ministra Fiscal General del Estado al señalar que la ofendida dio su consentimiento para mantener

568 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 677-02*, 27 de noviembre de 2002.

569 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 14-03*, 7 de enero de 2003.

570 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: Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 425-04*, 24 de junio de 2004.

571 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 414-03*, 7 de octubre de 2003.

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 este 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”.⁵⁷²

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 necesario probar el dolo del autor para poder hablar de la existencia de un delito. De acuerdo con la primera, la CPE, en el art. 23, num. 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 diez y ocho años de todo ser humano. Al respecto, se afirmó:

el artículo 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.⁵⁷³

572 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 429-04*, 25 de junio del 2004.

573 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 174-07*, 12 de abril de 2007 (voto de mayoría).

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 cometida esta infracción, sin que sea necesaria prueba alguna de violencia, amenaza, etc. En este sentido, cuestiona la utilización del art. 68 del CNA, 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 artículo 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 numeral 1 de su artículo 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 CPE de 1998. En efecto, este derecho puede ser ejercido en forma progresiva por niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con 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 asentó 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 proceso penal y la prolongación del control sobre la víctima

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 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 fuera de la ciudad 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 de que en nada debilitaba lo manifestado en su declaración anterior puesto que en ella había detallado elementos que concordaban con los hechos incriminados.⁵⁷⁴

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 aquellos que tienen 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

574 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución* n.º 364-2005, 16 de mayo de 2006.

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 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, con 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.⁵⁷⁵

En un caso de violación de un padre a su hija, de acuerdo con 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 niña ofendida a la audiencia les obligaba a "aceptar la duda razonable", aplicando el art. 4 del CP 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 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

575 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala Penal, "Sentencia", en *Resolución n.º 115-2007*, 2 de octubre de 2007.

prueba aportada no provoca duda alguna y resulta también errado el criterio de aplicar el artículo 4 del Código Penal.⁵⁷⁶

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.

La violación “real” y la violación “puramente dicha”: El examen médico legal

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”.

En el primer caso, la infracción llegó a ser demostrada mediante 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 desgarramiento 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 desgarramiento reciente y sangrante que puede deberse al roce,

576 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 262-07, Juicio penal n.º 535-06*, 2007.

penetración y/o acceso de cuerpo vulnerante duro (miembro viril), en el himen se evidencia varios desgarros 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.⁵⁷⁷

“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 esta rendido en tal audiencia cuando de modo patente reconoce al autor del delito afirmando: ‘[...] está aquí el que me violó [...]’.”⁵⁷⁸

Esta 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 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 período inmediato o si hay desgarramiento 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.⁵⁷⁹

577 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 577-2006*, 6 de septiembre de 2007.

578 *Ibíd.*

579 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 213-07, Juicio Penal n.º 82-05*, 3 de mayo de 2007.

Cabe una primera observación. Parece ser que para el delegado del MP 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” solo cabe la hipótesis de la fuerza demostrable mediante “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 MP es compartido por la Sala. Esta, 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 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 esta, que ella había tenido relaciones con un chico [...] que vive a doscientos metros de la casa”. Mientras que los testigos presentados por el acusado coincidieron “en que nunca este enamoró a la menor.” Al final la Sala consideró que el Tribunal Penal violó el art. 86 del CPP 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 artículo 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 solo no constituye prueba.⁵⁸⁰

No solo 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.

580 *Ibíd.*

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 CNA vigente desde el año 2003. Una segunda tesis, más tradicional, mantuvo el criterio de que solo 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 con el art. 80 del CNA, en relación con 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.⁵⁸¹ 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.

La tesis contraria fue expresada por la Tercera Sala de lo Penal de la CSJ 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 que carecía de valor probatorio”. Para la Sala, esta 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”.⁵⁸² Tal parece que en esta decisión se expresa una concepción –más formalista– de la justicia.

¿Cómo se construye la honestidad en los delitos sexuales?: La escala de la mujer honesta

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

581 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 367-07*, 30 de julio de 2007.

582 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 365-2007*, 3 de junio de 2008.

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 CETFDM (1979) y de la Convención para Erradicar la Violencia contra la Mujer (1995), figuras como la del estupro se resistían al cambio, de modo que seguían 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 solo que permanecían en figuras como la del estupro, sino que continuaron 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 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 con 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, policías– 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”.⁵⁸³

Analizando el discurso del representante del MP, 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 CP, 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 honestidad, entonces,

583 Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 80-99*, 15 de marzo de 1999.

dependen de la actuación de la víctima y de su “capacidad” para provocar los deseos sexuales del agresor.⁵⁸⁴

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.⁵⁸⁵

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 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:

- h) 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).
- i) Los elementos que se refieren a la incapacidad relativa de la víctima para “recapacitar a tiempo sobre el daño que va a recibir con

584 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 234-03*, 21 de mayo de 2003.

585 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 153-97-MS*, 23 de noviembre de 1999.

- su accionar" (la prueba de que la víctima conserva intacta esta incapacidad le corresponde a ella); y,
- j) 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.

Las dificultades "técnicas" para la sanción de los delitos sexuales: ¿Un nuevo pacto patriarcal?

Como se ha dicho, muchas veces las opciones del juzgador son justificadas sobre la base de "criterios técnicos". Este fue el argumento que se utilizó para explicar la imposición de penas menos perjudiciales al agresor en los delitos de estupro y de atentado contra el pudor. La Ley Reformatoria al CP, promulgada por el CN y publicada en el Registro Oficial n.º 365 de 21 de julio de 1998, tipificaba 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 resolución,⁵⁸⁶ donde a pesar de haberse probado que el acusado mantuvo relaciones sexuales con una niña de doce años, mediante el 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 art. 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.⁵⁸⁷

La Segunda Sala de lo Penal de la CSJ 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 artículos 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 hecha en la Ley Reformatoria al Código Penal, publicada en el Registro Oficial 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 artículo 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

586 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Resolución n.º 435-04, Juicio Penal n.º 344-03*, 25 de junio de 2004. Otras resoluciones similares: Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Resolución n.º 520-06*, 8 de junio de 2006; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Resolución n.º 521-06, Juicio Penal n.º 267-05*, 12 de junio de 2006; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Resolución n.º 529-06, Juicio Penal n.º 161-05*, 14 de junio de 2006.

587 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Resolución n.º 435-04, Juicio Penal n.º 344-03*, 25 de junio de 2004.

trata de concurso de leyes como tampoco de concurso ideal de infracciones previsto en el artículo 81, numeral 6 del Código Penal.⁵⁸⁸

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 dieciséis años que había sufrido maltratos físicos y psicológicos, abuso sexual e intimidación desde los catorce años, por parte de su tío político, con quien vivía. Por ello, la Sala recalcó la necesidad de activar las disposiciones del CNA, expresando lo siguiente:

El artículo 47 y 48 de la CPE 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 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 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.⁵⁸⁹

Como en el caso anterior, se casó la sentencia impugnada y enmendando la violación de la 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 art. 24, num. 13 de la CPE de 1998 en concordancia con el art. 347 del CPP, 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

588 Ibíd.

589 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 288-06*, 7 de enero de 2008.

la Tercera Sala de lo Penal de la Corte. En opinión de esta Sala, el problema fue originado en un “lamentable error” del legislador:

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 artículos 505, 506 y 507 del Código Penal mediante la promulgación de la Ley 2005-2 publicada en el Registro Oficial 45 de 23 de junio del 2005.-
2. Reconociendo los efectos jurídicos de esa derogatoria involuntaria el Congreso Nacional aprobó la Ley Interpretativa del artículo 9 de la Ley Reformatoria al Código Penal, que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial 350 de 6 de septiembre de 2006, en la que declaró que los artículos 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 artículo 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 de 2005 hasta el 6 de septiembre de 2006.⁵⁹⁰

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 num. 1 del art. 24 de la CPE en concordancia con el art. 2 del CP y del CPP 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.”⁵⁹¹

Parece que no siempre la derogatoria de los tipos penales puede ser atribuida al legislador mediante el 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.⁵⁹² Este fue el caso de la sentencia dictada por un Tribunal Penal que fuera examinada por la Segunda Sala de lo Penal de la CSJ, mediante el recurso de casación.⁵⁹³

590 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 66-2007*, 24 de julio del 2007.

591 Discusión en torno a este tema se puede encontrar también en las siguientes sentencias: Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 525-06*, 7 de agosto de 2007; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 214-07*, *Juicio Penal n.º 231-06*, 3 de mayo de 2007.

592 Se utiliza esta expresión en sentido amplio para hacer referencia a todas las instituciones, instancias y personal involucrado en el proceso penal.

593 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 17-07*, 18 de enero de 2007. Un fallo similar fue analizado en Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 333-07*, *Juicio Penal n.º 595-05*, 10 de julio de 2007.

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”. Constaba 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 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 artículo 512 califica como violación, sea que el miembro viril se haya introducido total o parcialmente, o como reza el agregado al artículo 512.1 de la Ley 106-PCL, publicada en el Registro Oficial 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 artículo 512”, y que la disposición del artículo 513 *ibídem* sanciona con la pena de ocho a doce años de reclusión mayor, pena que por lo prescrito en el artículo 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 solo 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”.

El proceso penal y la construcción de nuevas víctimas

Ha sido 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”, “revictimización” o “victimización secundaria”. Con mucha frecuencia el testimonio del acusado sobre la conducta de la adolescente, la actuación del MP, 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.⁵⁹⁴

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

⁵⁹⁴ Ver, por ejemplo, Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 586-04*, 7 de septiembre de 2004.

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 la comisión 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 MP considera que es insuficiente la prueba actuada durante el juicio, "al que ni siquiera se ha incorporado y 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 MP 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 art. 79, 83, 85, 86 y 119 parte final del CPP", 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 CSJ opinaba que había una equivocada apreciación de la prueba, puesto que la declaración del procesado, coincidente con la de la agraviada y esta 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 artículo 192 de la Constitución Política, que con mucho realismo declara que: “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.⁵⁹⁵

Al finalizar la década de 1990, se encuentra una resolución que muestra cómo la aprobación de la Ley Reformatoria al CP que tipificaba los delitos de explotación sexual de las personas menores de edad⁵⁹⁶ imponía a los

595 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 622-02*, 20 de noviembre de 2002.

596 Publicada en el Registro Oficial 45, 23 de junio de 2005.

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:

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 este 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 45 de 23 de junio de aquel año, sin que sea procedente la admisión de circunstancias atenuantes según las disposiciones que contiene el artículo 29.1 del Código Sustantivo Penal.⁵⁹⁷

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.⁵⁹⁸

La configuración de la víctima idónea y la selección del victimario

En el ámbito de los delitos sexuales es posible encontrar normas que están formuladas en términos neutrales, en cuanto al sexo de las personas,

597 Ecuador Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 252-2007*, 14 de noviembre de 2007.

598 *Ibid.*

tal es el caso de las normas que regulan el atentado contra el pudor,⁵⁹⁹ la violación⁶⁰⁰ y la agresión sexual.⁶⁰¹ 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 estupro.⁶⁰² 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” mediante sus instituciones y agentes.

Quiénes sí llegan a ser consideradas víctimas del delito sexual son básicamente las niñas y adolescentes menores de catorce años, de quienes se presume su “honestidad”. Las niñas son inocentes;⁶⁰³ ellas sí pueden ser engañadas,⁶⁰⁴ son sencillas, transparentes y dicen la verdad.⁶⁰⁵ 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 refuerza 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”.

599 El Art. 505 del Código Penal establecía lo siguiente: “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.”

600 El Art. 512 del Código Penal señalaba que: “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...”

601 El Art. 512.1 del Código Penal indicaba que: “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”.

602 No todas las leyes están formuladas de esta manera. Ejemplo de ello son las normas que se refieren al estupro. Así, el Art. 509 del Código Penal lo definía del siguiente modo: “Llámase estupro la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento”.

603 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 633-04, Juicio Penal 619-03*, 22 de septiembre de 2004.

604 Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 84-99, Juicio 338-97*, 1 de marzo de 1999.

605 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 80-99, Juicio 55-98*, 15 de marzo de 1999.

Evidentemente, el sistema penal excluye a las mujeres adultas. Muy pocas mujeres adultas logran vencer los obstáculos que el sistema penal –junto con 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 aquellas 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 morales⁶⁰⁶ o que su actitud es anormal y depravada.⁶⁰⁷ Junto con él están las figuras del padrastro y el conviviente de la madre de las niñas y adolescentes que son agredidas, los parientes, los amigos de la familia, los vecinos, los “conocidos” y los “enamorado” (adultos) de las adolescentes. A pesar de que la mayor frecuencia de las agresiones ocurre “en la intimidad del hogar”, la identidad del delincuente se construye alrededor de la figura del padre, pero no del marido.

El sistema solo “selecciona” a aquellos 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 exprofesor, 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

606 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 453-01*, 20 de diciembre de 2001.

607 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 364-2005*, 16 de mayo de 2006.

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 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 con 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.⁶⁰⁸

El mito de la unidad y la armonía familiar: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en torno 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 CSJ, 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

608 Ver, por ejemplo, Acosta Vargas, *La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe Hispano*, 63-4; y, Salinas Beristán, *Derecho, género e infancia*, 341.

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 mediante 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.⁶⁰⁹

Era el conjunto de evidencias y testimonios constantes en el proceso lo que le permitía establecer al Tribunal Penal la situación jurídica del procesado. En general, bajo el argumento de 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:

5. 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.⁶¹⁰

Los Tribunales Penales comprobaban la existencia del delito de lesiones tipificado en el art. 464 del Código Penal,⁶¹¹ con el reconocimiento

609 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 410-01*, 20 de noviembre de 2001.

610 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 53-03*, 21 de febrero de 2003.

611 Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971. De acuerdo con el Art. 464: “Si los golpes o heridas han causado una enfermedad o una incapacidad para el

médico legal de la víctima efectuado por el médico legista de la Policía Judicial –o el realizado por el MP–, 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 ocho a treinta días.⁶¹²

Como se ha señalado, las Salas de lo Penal de la CSJ examinaron varias sentencias impugnadas que declaraban al acusado autor del delito tipificado y sancionado en el art. 464 del CP. 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 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 artículo 464 del Código Penal, sin embargo, omite considerar lo previsto en el artículo 471 del mismo cuerpo legal, dado que la ofendida es la cónyuge del acusado, por lo que debió aplicar la sanción prevista en el artículo 465 del Código Penal y luego modificar la pena por efecto de

trabajo personal, que pase de ocho días y no exceda de un mes, las penas serán de prisión de dos meses a un año y multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América." La prisión se extendía de seis meses a dos años, y la multa, de dieciséis a cuarenta y siete dólares, si concurría alguna de las circunstancias previstas en el art. 450 del mismo cuerpo legal, entre otras, las siguientes: "1a.- Con alevosía; 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; 10. Con odio o desprecio en razón de raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, de la víctima."

612 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Resolución n.º 57-08*, 16 de enero de 2008.

las circunstancias atenuantes que declara comprobadas, de manera que, la sentencia vulnera los artículos 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 REPÚBLICA 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 artículo 464 del Código Penal y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 471 ibídem, en relación con el artículo 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 artículos 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.⁶¹³

A partir del estudio de las sentencias de las Salas de la CSJ se puede descubrir los alegatos del acusado orientados a desvirtuar la existencia del delito. Así, por ejemplo, este dirá que la acusación es “fruto de la frustración sufrida por 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.⁶¹⁴

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

613 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 234-07, Juicio Penal n.º 629-06*, 16 de mayo de 2007.

614 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 57-08*, 16 de enero de 2008.

lesiones que se encuentran descritas en los informes periciales”.⁶¹⁵ De la misma manera, fueron “los reclamos de la agraviada” los que suscitaron el “ulterior comportamiento agresivo del recurrente”.⁶¹⁶ 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 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”.⁶¹⁷

El análisis de los hechos que motivan la presentación de la acusación por parte de las víctimas muestra los mecanismos mediante los cuales se

615 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 50-03*, 19 de febrero de 2003.

616 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 53-03*, 21 de febrero de 2003.

617 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 234-07*, *Juicio Penal n.º 629-06*, 16 de mayo de 2007.

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 02:15, 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 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 esta 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.⁶¹⁸

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 art. 155 del COIP⁶¹⁹ 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”. Se considera miembros del núcleo familiar a las siguientes personas: “cónyuge, pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanas, 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,

618 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 273-2001*, 27 de agosto de 2001.

619 Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

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 relacionados con la libertad sexual y reproductiva (art. 156, 157 y 158 de la ley). Por su parte, el art. 159 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 CC de Colombia son indicativos del rol jugado por la justicia:

En el primer caso, correspondió a la CC 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, mediante 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 CC 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.⁶²⁰

En su análisis la CC olvida que las agresiones domésticas también pueden tener lugar, aunque fuera del domicilio conyugal, dentro del 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.⁶²¹

El segundo problema analizado por la CC 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 agrediendo físicamente. La CC 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 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.⁶²²

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

620 Jaramillo, “Familia”, en *La mirada de los jueces*, 355.

621 Jaime Solé Riera y Elena Larrauri Pijoan, “Violencia doméstica y situación de la víctima”, *Justicia* 99, n.º 1 (1999): 67-82.

622 Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso T-199*, 1996.

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.⁶²³

Que las reformas penales no sean suficientes 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 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.⁶²⁴

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, mediante juzgados o tribunales especializados. Se considera que, desde el ámbito civil, se podrían abordar los conflictos judiciales que atañen a la familia y a cada uno de sus integrantes, mediante una intervención estatal de carácter colaborativo, de acompañamiento y propulsora de cambios radicales. Y se plantea que es desde el ámbito civil –no desde el ámbito penal-represivo– que los casos de violencia intrafamiliar podrían ser reparados.⁶²⁵

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

623 Elena Larrauri, “Control formal: Y el Derecho penal de las mujeres”, en Elena Larrauri, comp., *Mujeres, derecho y criminología*, 99-100.

624 Raquel Campos Cristóbal, “La habitualidad en el delito de violencias habituales en el ámbito familiar”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XXIV, 133-45.

625 Andrés Gil Domínguez y María Victoria Fama, *Derecho Constitucional de Familia*, 421-6.

penales, sino en una adecuada aplicación de mecanismos que otorguen protección efectiva a la mujer.⁶²⁶

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 imputador 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.⁶²⁷

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 mediante el juicio oral, la duración del proceso, etc., producen efectos tan dolorosos para ella como los que resultan del delito. Se exige la tutela de la víctima, mediante 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, desde algunas instancias, se propone 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.

626 Solé Riera y Larrauri Pijoan, "Violencia doméstica y situación de la víctima": 50-1.

627 *Ibid.*, 52-3.

El final de una cadena de violencias: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador frente a los asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujeres

El 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, 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 solo 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 estas pudieron haberse escapado con el novio) y no investigan el delito ni castigan a los culpables.⁶²⁸

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, sea esta de orden afectivo, familiar o jerárquico, de hecho o de derecho.

En el caso del Ecuador, habiéndose planteado a la AN el proyecto de COIP, 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 COIP 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).

628 Lemaitre, “Violencia”, en *La mirada de los jueces*, 556.

Por su parte, el art. 142 del mismo cuerpo legal 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.

Hasta antes de la aprobación del COIP, 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 CSJ 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 art. 450 del CP,⁶²⁹ e imponiéndole la pena modificada de doce años de reclusión mayor 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

629 El art. 450 del Código Penal decía: "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 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 o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, de la víctima."

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 CSJ dijo lo siguiente:

La segunda atenuante, esto es la ejemplar conducta observada – numeral séptimo del artículo 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 del individuo y su falta absoluta de ética al consumir 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 artículos 72 y 73 del Código Penal.⁶³⁰

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 art. 449 del CP.⁶³¹ 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:

Evidentemente, el Primer Tribunal de El Oro, al dictar su sentencia ha incurrido en error del derecho por ampliar equivocadamente la ley,

630 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 388-95-OR*, 3 noviembre de 1999.

631 Según el 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.”

mal interpretándola, pues reconoce probada la existencia de la primera circunstancia que configura el asesinato según el artículo 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 art. 450, numerales 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.⁶³²

La Segunda Sala de lo Penal de la CSJ destacó la incoherencia del fallo impugnado, 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 describía y sancionaba el art. 450, num. 1 del CP, 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, num. 13 de la CPE, y art. 347 del CPP”, por lo que concluyó que no le podía imponer la sanción que correspondía a la infracción cometida.

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 ochenta y cinco 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 aquel 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 artículo 450 número primero del Código Penal, esto es que hubo error en la tipificación del delito.⁶³³

632 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 124-2001*, 10 de junio de 2001.

633 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 286-02, Juicio Penal n.º 554-99*, 2 de julio de 2002.

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 art. 24, num. 13 de la CPE del año 1998 y 328 del CPP del año 2000, siendo el procesado el único recurrente, la Segunda Sala de la CSJ 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 tipificado y sancionado en el art. 449 del CP, 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 haber apreciado un homicidio simple de acuerdo con el art. 449 del CP y no un parricidio o uxoricidio al tenor del art. 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 artículo 449 del Código Penal y no como parricidio o uxoricidio al tenor del artículo 452, *ibíd.*⁶³⁴

Siendo un caso de homicidio agravado, este 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 CPE de 1998, en su art. 24, num. 13, impedía empeorar la situación jurídica del condenado si este 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 exconviviente. En opinión de la Sala de Casación, el encausado había obrado con conciencia y voluntad cuando llegó al domicilio de su exconviviente “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

634 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 72-03, Juicio Penal n.º 362-01*, 12 de febrero de 2003.

de Quito, el día 30 de junio de 1999; a las 10:45, 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.⁶³⁵

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 art. 358 del CPP, 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 art. 452 del CP:

del texto de la sentencia se advierte que los actos antijurídicos realizados por el acusado se encasillan en el artículo 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 esta fue su mujer, por lo que no era imprescindible haber probado tal acto. Por otra parte el artículo 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 artículo 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.⁶³⁶

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

635 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 171-03*, 16 de mayo de 2003.

636 Ecuador Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 119-2005*, 9 de mayo de 2006.

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:

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.⁶³⁷

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 CP, 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 acusado en la comisión 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

637 Ecuador, Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 54-2007*, 7 de enero de 2008.

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 de 2004, en la que el acusado estaba bastante violento.⁶³⁸

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 exacerba debido a la decisión de la mujer de dejar el domicilio conyugal,⁶³⁹ a su voluntad de poner fin a la relación,⁶⁴⁰ a la resistencia que opone frente a una agresión sexual,⁶⁴¹ o porque culturalmente no se tolera la “traición” de una mujer.⁶⁴² En segundo lugar, los signos externos de violencia que se describen en las autopsias⁶⁴³ o las referencias a la forma en que se perpetró el delito⁶⁴⁴ 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.⁶⁴⁵ Las denuncias presentadas en las Comisarías de la Mujer

638 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 45-08, Juicio Penal n.º 482-06*, 11 de febrero de 2008.

639 *Ibid.*

640 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 388-95-OR*, 3 noviembre de 1999.

641 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 124-2001*, 10 de junio de 2001.

642 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 17-03, Juicio Penal n.º 534-01*, 7 de enero de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 171-03*, 16 de mayo de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 388-95-OR*, 3 noviembre de 1999; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 45-08, Juicio Penal n.º 482-06*, 11 de febrero de 2008.

643 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 388-95-OR*, 3 noviembre de 1999; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 17-03, Juicio Penal n.º 534-01*, 7 de enero de 2003.

644 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 17-03, Juicio Penal n.º 534-01*, 7 de enero de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 72-03, Juicio Penal n.º 362-01*, 12 de febrero de 2003.

645 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 388-95-OR*, 3 noviembre de 1999; Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 45-08, Juicio Penal 482-06*, 11 de febrero de 2008.

y la Familia⁶⁴⁶ 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 CSJ 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 MP 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 el único recurrente, no pueden agravar su situación jurídica, debido a la prohibición que consagraba el art. 24, num. 13 de la CPE de 1998.

No obstante, la resolución de un Tribunal Penal de Pichincha⁶⁴⁷ 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 art. 449 del CP. 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 cuerpo de la víctima que fueron afectadas, principalmente el cráneo, todo lo que denota que no tuvo intención únicamente de herirla o golpearla sino la de matarla.⁶⁴⁸

646 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 171-03*, 16 de mayo de 2003; Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 54-2007*, 7 de enero de 2008.

647 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 17-03*, *Juicio Penal n.º 534-01*, 7 de enero de 2003.

648 *Ibid.*

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 art. 449, 29 num. 6 y 7, y 72 del CP, en efecto, ameritaban que se establezca la condena de seis años de reclusión menor, como lo habría 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 propósito,⁶⁴⁹ el hecho de que la agresión se dirija a una persona indefensa que no puede repeler o impedir el ataque,⁶⁵⁰ o a la afirmación del médico forense de que para producir las lesiones encontradas en la víctima se requiere de una fuerza mayor.⁶⁵¹

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 no aprecia alevosía en el hecho de que la agresión se haya perpetrado mediante “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 mencionar que la alevosía puede ser examinada de manera distinta según el sexo/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.⁶⁵²

649 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 124-2001*, 10 de junio de 2001.

650 Ecuador Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 286-02, Juicio Penal n.º 554-99*, 2 de julio de 2002.

651 Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 54-2007*, 7 de enero de 2008.

652 Para un análisis de este tema: Luz Rioseco Ortega, “Culminación de la violencia doméstica: Mujeres que asesinan a sus parejas-defensas penales posibles”, en *Género y derecho*, 711; Elena Larrauri, “Una crítica feminista al derecho penal”, en *Mujer, derecho y sociedad*, 55; Francisco

Tres datos distinguen a este de otros casos estudiados: a) el hecho que desencadena la violencia masculina –“el encausado explica su enfurecimiento al encontrar a su conviviente desnuda yaciendo con otro hombre”, como refiere el fallo–; 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 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 COIP, es importante considerar no solo 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.⁶⁵³

Si la experiencia dice que el Estado se ha mostrado indolente frente a los asesinatos o a la violencia sexual perpetrados en contra de las mujeres 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 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.

Muñoz Conde, “La mujer víctima del delito sexual”, en *Mujer, derecho y sociedad*, 37-43; Lemaitre, “Violencia”, en *La mirada de los jueces*, 593-602.

653 Lemaitre, “Violencia”, en *La mirada de los jueces*, 581.

Capítulo 4

EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA SIN VIOLENCIA: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL A PARTIR DE LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEL AÑO 2008

Frente a la convocatoria de una nueva AC, mujeres de todo el país, organizadas en diversas agrupaciones y redes de carácter cantonal, provincial y nacional, promovieron la elaboración de la “Agenda de las Mujeres” con el propósito de incidir en el proceso de construcción del nuevo texto constitucional. La Agenda sintetizaba las demandas de las mujeres ecuatorianas en torno a la igualdad, la justicia de género y la democratización del Estado. La acción de las mujeres estaba guiada por el propósito de transformar las estructuras de injusticia de carácter económico, político y cultural que perpetúan la discriminación y la violencia hacia amplios segmentos de la población.

El escenario de la AC fue visto como una oportunidad para provocar cambios estructurales, promover el reconocimiento de la igualdad en la diversidad, fortalecer la independencia del Estado frente a cualquier influencia religiosa o dogmática que pudiera restringir el ejercicio de los derechos humanos, auspiciar la construcción de un sistema económico sustentado en relaciones de producción y reproducción equitativas, ampliar la participación ciudadana, entre otros objetivos. El movimiento social se propuso defender las conquistas de las mujeres en torno a los derechos y libertades, luchar porque se garantice a las víctimas de la violencia de género el acceso a la justicia, aportar al diseño de procedimientos idóneos para la prevención, investigación, juzgamiento y sanción de la violencia, garantizar la efectiva protección de las víctimas de la violencia. En definitiva, alcanzar la justicia de género en todos los ámbitos de la vida social.

En la actualidad, el derecho a una vida libre de violencia sigue siendo “la prioridad de las mujeres ecuatorianas”.⁶⁵⁴ Según la Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, la

654 Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, *Informe Sombra al Comité de la CEDAW* (Quito: 2014), 8-11.

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.

Es en este contexto que, a continuación, se presentan los principales aportes de la CNJ a la interpretación del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

El papel de la víctima en el procedimiento penal: La jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia en torno al juzgamiento y sanción de los delitos sexuales

La víctima es, junto con el autor del delito, un protagonista 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. Se propugna la necesidad de un sistema de protección de la víctima 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.⁶⁵⁵

Las decisiones de la CNJ referidas a los delitos sexuales dan cuenta del reconocimiento jurídico del papel de la víctima en el procedimiento penal.⁶⁵⁶ En esta línea, la CNJ discute varios temas de interés, como el valor

655 Ver el artículo de Julio B. J. Maier, "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y de las víctimas*, 240-8.

656 Conforme establece el nuevo Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 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 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

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 específica 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.

El valor de la versión de la víctima en los delitos sexuales

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.⁶⁵⁷ 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 mediante 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 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/a rinde su declaración en la audiencia de juicio, aun contando con el apoyo de un experto/a y en un ambiente

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.”

⁶⁵⁷ Ver, por ejemplo, el artículo de Aida Tarditti, “Delitos Sexuales –tensiones entre las garantías del imputado y derechos fundamentales de las víctimas–”, en *Victimología 6 Temas de Victimología General*, dirigido por Hilda Marchiori (Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2009), 37-43.

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 CNJ, mediante el 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.⁶⁵⁸ 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 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...”⁶⁵⁹

La CNJ 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 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

658 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 1025-2011 (Violación)*.

659 Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 497-2013, Juicio n.º 1231-2012 (Violación)*. Esta opinión será reiterada en varias decisiones, por ejemplo, en Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 502-2013, Juicio n.º 1451-2012 (Violación)*; y, en Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 848-2013, Juicio n.º 1307-2013 (atentado al pudor)*.

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.⁶⁶⁰

En este sentido, la CNJ ha respaldado el criterio de un Tribunal Penal que dio credibilidad a la versión dada por una niña al Fiscal, aunque 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.⁶⁶¹

Asimismo, la CNJ 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.⁶⁶² 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 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

660 María Isabel Salinas Chaud, “Algunas consideraciones sobre la retractación en víctimas de violencia intrafamiliar: ¿Cómo abordar la reparación?”, en *Victimología 8 Violencia familiar-conyugal*, dirigido por Hilda Marchiori (Córdova: Encuentro Grupo editor), 139.

661 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 1025-2011 (Violación)*.

662 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 84-2011-P-LBP (atentado al pudor)*.

debe ser valorado como prueba relevante para demostrar la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado.⁶⁶³

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.⁶⁶⁴

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 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.⁶⁶⁵

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 intermediación como

663 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 1339-2012, Juicio n.º 84-2011 (atentado al pudor)*.

664 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0508-2013, Juicio n.º 0942-2013*.

665 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 0508-2013, Juicio n.º 0942-2013 (violación)*.

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.⁶⁶⁶

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 menores de edad,⁶⁶⁷ 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.⁶⁶⁸

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.⁶⁶⁹ 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 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 proteger a niños, niñas y adolescentes de la victimización secundaria.

666 Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 0508-2013, Juicio n.º 0942-2013*.

667 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, policíacas o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales."

668 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", 139-40.

669 Gioconda Batres Méndez, "Evaluación del abuso sexual infantil: un instrumento para administrar justicia a las víctimas y una respuesta al backlash", 44-6.

Al respecto, la CNJ 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 con 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 esta 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.⁶⁷⁰

De acuerdo con la CNJ, el testimonio de la víctima unido a los peritajes y testimonios de profesionales calificados, pueden llevar al Tribunal Juzgador, mediante 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 solo 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

670 Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 1523-2012, Juicio n.º 52-2010 (violación)*.

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.⁶⁷¹

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.⁶⁷² 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 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 críticas⁶⁷³ 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, mediante una serie de mecanismos de ejercicio del poder, la víctima termina siendo “reducida” a la condición de expediente.

El derecho de la víctima a no ser revictimizada

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.⁶⁷⁴ Muchas víctimas de delitos sexuales se

671 Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, “Sentencia”, *Juicio n.º 1002-2013, Resolución n.º 488-2012 (violación)*.

672 Así, José Francisco Etxeberria Guridi, “La prueba en el proceso de violencia de género”, en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, dir. Raquel Castillejo Manzanares, y coord. Ma. Ángeles Catalina Benavente, coord. (Madrid: La Ley, 2011), 355-409.

673 Así, Gabriel Alberto Letaif, “La función pericial psicológica ante el testimonio de la víctima en el sistema penal acusatorio”, 179-86.

674 Tarditti, “Delitos Sexuales –tensiones entre las garantías del imputado y derechos fundamentales de las víctimas–”, 133-4. 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

enfrentan a tratos inadecuados 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.⁶⁷⁵ Se trata de una nueva victimización “a manos de agentes del Estado”.⁶⁷⁶ 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 CNJ 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 basado en prejuicios 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

parte de la comunidad y el entorno que le rodea; la victimización de cuarto nivel sería la que sufren 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.

675 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.

676 María Mercedes Gómez, “Violencia por prejuicio”, en *La mirada de los jueces*, 139.

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 de 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 proscrita en delitos de violencia sexual en víctimas de cualquier edad. Entre los yerros 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.⁶⁷⁷

Dijo la CNJ 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 mediante 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 CNJ dicha decisión atenta contra los estándares nacionales e internacionales de justicia para las víctimas de violencia sexual.⁶⁷⁸

En otro de sus fallos, la CNJ tuvo la oportunidad de analizar la tesis de la Fiscalía en respuesta al argumento utilizado por un hombre que fue

677 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 918-P-2010-LBP (violación)*.

678 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 918-P-2010-LBP (violación)*.

condenado a ocho años de reclusión mayor extraordinaria como autor del delito de violación a una adolescente de trece 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 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.⁶⁷⁹ 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.⁶⁸⁰ 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 que ninguno de ellos se encuentra contemplado en nuestra legislación, por lo que, si llegaron a ser considerados, se estaría

679 Gayne Villagómez Weir, “La violencia sexual contra la niñez y adolescencia desde una perspectiva de género”, en *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, eds. Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma (Quito: MJDH / UNICEF / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010), 408-11.

680 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 comente 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 la 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: Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, *Juicio n.º 918-P-2010-LBP (violación)*; Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 502-2013, Juicio n.º 1451-2012 (violación)*; Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º 1002-2013, Resolución n.º 488-2012 (violación)*.

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.⁶⁸¹

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 otros,⁶⁸² sino fundamentalmente desmontar las creencias instaladas en la mente de los profesionales involucrados en el procedimiento judicial en torno a la inferioridad de ciertas víctimas (mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas pertenecientes a grupos LGTBI, personas con discapacidad, etc.).

La protección específica de víctimas especialmente vulnerables

Mediante los recursos de casación la CNJ 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,

681 Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, “Sentencia”, *Resolución n.º 334-2013, Juicio n.º 636-2011 (violación)*.

682 Al respecto, consultar el artículo de 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”, 140.

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.⁶⁸³

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 treinta y tres años, pero que a fecha en que ocurrieron los hechos tenía la edad mental de doce años. Siguiendo los mandatos de la CRE, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la CDN, 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,

683 John P. Dussich, “La importancia de la vulnerabilidad para la victimología”, 11-7.

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.⁶⁸⁴

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 catorce 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.⁶⁸⁵

La aplicación del principio del interés superior del niño/a

Como ha sido advertido, prácticamente todos los fallos de la CNJ 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.⁶⁸⁶ En opinión de Miguel Cillero Bruñol, la CDN establece una

684 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 918-P-2010-LBP (violación)*.

685 Ver, por ejemplo, Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 84-2011-P-LBP (atentado al pudor)*; Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, “Sentencia”, en la *Resolución n.º 502-2013, Juicio n.º 1451-2012 (violación)*.

686 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, 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

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.⁶⁸⁷

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 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.⁶⁸⁸

La CNJ ha expresado que las autoridades judiciales deben ajustar sus decisiones y acciones para garantizar el principio del interés superior del niño, contenido en el art. 44 de la CRE, 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

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.”

687 Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, 105-6.

688 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), 13-9.

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 este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas 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 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.º 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.⁶⁸⁹

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 estos 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

689 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en Juicio n.º 918-P-2010-LBP (violación).

a la víctima, como es el caso de la convivencia con el agresor,⁶⁹⁰ 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 judice 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 justiciaabilidad 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 una adecuada proporcionalidad para la determinación de la pena.⁶⁹¹

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.⁶⁹² 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 citar como referencia para la decisión. Tampoco explican la forma en que

690 Aida Tarditti, “Delitos Sexuales –tensiones entre las garantías del imputado y derechos fundamentales de las víctimas–”, 35-7, 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 la impunidad de los autores y la posibilidad de nuevos hechos de violencia.

691 Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, Sentencia, en *Juicio 1002-2013, Resolución n.º 488-2012 (violación)*.

692 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), 318-33.

la decisión contribuye a la protección y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes.⁶⁹³

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 comete 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 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).⁶⁹⁴

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.⁶⁹⁵

La Corte Nacional de Justicia y la problemática de la violencia contra la mujer en el ámbito intrafamiliar

La violencia contra las mujeres como un asunto de interés social y político

Los análisis feministas del derecho han enfatizado que la violencia intrafamiliar es la expresión extrema del “control doméstico” que experimentan las mujeres por parte de sus maridos, convivientes, exparejas. Inclusive, durante mucho tiempo, las legislaciones de los países latinoamericanos

693 Simon Campaña, *Interés superior del niño*, 246-8. En esta misma línea de reflexión, un 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”, *Revista de investigaciones jurídicas Illumanta* (Quito: CNJ, 2014), 45-7, a partir de una muestra de veinte sentencias de la CNJ 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.

694 Villagómez Weir, “La violencia sexual contra la niñez y adolescencia desde una perspectiva de género”, en *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia*, 419-20.

695 *Ibid.*, 433.

fueron cómplices del “privilegio masculino” ejercido en contra de la integridad de las mujeres mediante la violencia doméstica. Históricamente, la familia fue vista como un dominio privado en el cual el Estado podía interferir solo 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.

En Ecuador, debido a la lucha y la movilización de las organizaciones de mujeres, en el año 1995 se aprobó la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia –conocida como Ley 103–. La importancia del proceso de lucha entendido 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 ha sido destacada por la CNJ. La Corte ha señalado que la Ley 103 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.⁶⁹⁶

La CPE 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 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 CRE del año 2008 que la violencia contra la

696 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 02-2012-Pleno (incidente de competencia negativa)*.

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 revictimización y a una reparación integral.

En el ámbito penal, y hasta antes de la aprobación del nuevo COIP, 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 exparejas– 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 CSJ 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 CSJ estudiadas realiza un análisis de las relaciones de poder y dominación que originan la violencia doméstica. Tampoco estos fallos se refieren 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 CRE, 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, num. 3). Las víctimas de infracciones penales tienen derecho a protección especial, a no ser revictimizadas, 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).

El abordaje del fenómeno de la violencia contra las mujeres requiere una precisión conceptual.⁶⁹⁷ 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

697 Jorge Eduardo Buompadre, *Violencia de género, femicidio y derecho penal* (Córdova: Alveroni, 2013), 20-2.

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 debido a 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.⁶⁹⁸

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 expresa en el contexto doméstico o familiar, pero no solo 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.⁶⁹⁹

698 *Ibíd.*, 31.

699 *Ibíd.*, 33-4; Alba Lucía García Suárez, *Lineamientos de política pública sobre violencia de género* (Bogotá: UEC, 2011), 41, señala que la violencia contra las mujeres es consecuencia de una situación de discriminación 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 Ribas y

La protección de la integridad y seguridad de la mujer víctima de violencia: Mecanismos de amparo efectivo

La CNJ 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 CNJ, debería efectuarse mediante 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 mediante 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 edad a persona idónea y la orden de tratamiento al que deban someterse las partes y los hijos menores de edad si fuere del caso.⁷⁰⁰

A raíz de la presentación del proyecto de COIP se actualizó el debate en torno a la regulación del delito de violencia contra la mujer –como una demanda que aboga por la incorporación de la experiencia femenina en las normas penales–.⁷⁰¹ En cuanto a la violencia contra la mujer, diversas

otras, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal* (Madrid: 2009), 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”.

700 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Resolución n.º 02-2012-Pleno (incidente de competencia negativa)*.

701 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 (art. 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

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:⁷⁰²

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.⁷⁰³
2. El mantenimiento de las medidas de amparo que constaban en la Ley 103 y que estas 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.

delitos con la libertad sexual y reproductiva (art. 156, 157 y 158). Para Buompadre, *Violencia de género, femicidio y derecho penal*, 21, la incorporación de los delitos de género en el Código Penal representa un escalón más en la lucha contra la violencia sexista.

702 Comité Nacional de Defensa de la Ley 103, *Propuestas frente al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal* (Quito, 2012).

703 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 social, la doctrina y la jurisprudencia, como una medida específica 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 *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, 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: Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, *Resolución n.º 02-2012-Pleno (incidente de competencia negativa)*.

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 COIP de constituir un verdadero “retroceso”, pues no definía un procedimiento especial y expedito para el juzgamiento y sanción de la violencia contra 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.⁷⁰⁴

Como se puede apreciar, en el debate social del proyecto de COIP, uno de los principales requerimientos de las organizaciones de mujeres del Ecuador fue lograr la protección de las víctimas de violencia, mediante la implementación de mecanismos que aseguren su amparo efectivo. Desde la doctrina⁷⁰⁵ 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 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

704 Cabildo por las Mujeres, *Encuentro de socialización, y debate del Código Orgánico Integral Penal* (Cuenca, 2012).

705 Irene Nadal Gómez, “La administración autonómica y la acusación popular en los delitos de violencia de género”, en *La protección frente a la violencia de género*, 112.

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.⁷⁰⁶

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 CNJ 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.⁷⁰⁷

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 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 con los daños sufridos por la violencia de la que fue objeto, la mujer enfrenta 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 de familia (juicios de alimentos, tenencia, visitas, divorcio), que le enfrentan de nuevo con su situación.⁷⁰⁸

706 Miguel Ángel Ramos Ríos, *Violencia familiar. Protección de la víctima frente a las agresiones intrafamiliares* (Lima: Lex & Iuris, 2013), 267.

707 Ecuador Corte Nacional de Justicia, "Sentencia", en *Resolución n.º 0699-2013, Juicio n.º 1326-2012*. 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, "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*, 216-7.

708 *Ibid.*, 213-4.

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:⁷⁰⁹ 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 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 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 COIP, diversas organizaciones de asistencia a las víctimas de violencia⁷¹⁰ han cuestionado el 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 maliciosas y temerarias las denuncias presentadas por las mujeres agredidas, al haberse retractado o al no haberse probado el delito.⁷¹¹

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 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.⁷¹²

709 Ma. Ángeles Catalina Benavente, “La denuncia en los casos de violencia de género”, en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, 330-1.

710 Ver: Mesa Cantonal para la Erradicación de la Violencia de Género, *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* (Cuenca: 2014).

711 El art. 520 del Código Orgánico Integral Penal contiene las reglas generales a partir de las cuales la o el juzgador puede ordenar medidas cautelares y de protección.

712 Ma. Ángeles Catalina Benavente, “La denuncia en los casos de violencia de género”, en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, 332.

Las características y efectos de la violencia intrafamiliar que se comete contra la mujer: El síndrome de mujer maltratada como defensa legal

Las investigaciones muestran que la violencia intrafamiliar que se ejerce 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.⁷¹³ Así, de acuerdo con estudios realizados en los EE. UU., 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.⁷¹⁴ En este contexto, las acciones de la mujer acusada de homicidio han sido justificadas o excusadas basadas en el 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 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 mujer maltratada. 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 con 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 mujer maltratada como una teoría de defensa propia ha sido de gran

713 Mildred Pagelow, "Mujeres golpeadas y homicidio", en *Victimología 8 Violencia familiar-conyugal*, 51-3.

714 Este es el caso del estudio de Leonore E. A. Walker, "Cuando la mujer golpeada se convierte en acusada", en *Victimología 8 Violencia familiar-conyugal*, 11-4.

utilidad para aquellas mujeres maltratadas –acusadas de homicidio– que no se comportaban de acuerdo al estereotipo de la “víctima buena” (la víctima pasiva que no trata de defenderse).⁷¹⁵

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 CSJ de Colombia respecto del homicidio cometido por una mujer que había sido “sistemáticamente maltratada”.⁷¹⁶ En dicha decisión la CSJ 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 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 CSJ 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 Ecuador, la CNJ resolvió un recurso de casación⁷¹⁷ presentado por el acusador particular en contra de la sentencia emitida por una Sala de Garantías Penales de Corte Provincial que impuso a la acusada la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, como autora del delito de parricidio, por considerar que cuando sucedieron los hechos ella 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

715 *Ibid.*, 14-7.

716 Colombia Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, en *Proceso* 27595, 7 de abril 2010.

717 Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 1051-2013, Juicio n.º 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/R1051-2013-1315-2012-PARRICIDIO.pdf. Consulta: 29 enero de 2015.

entender o querer, no 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 artículo 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 *ibidem*, 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.⁷¹⁸

Por su parte, el voto de minoría⁷¹⁹ 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. Solo de esta manera podrá primar la verdad y

718 Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, "Sentencia", en *Resolución n.º 1051-2013*, en *Juicio n.º 1315-2012 (parricidio)* [voto de mayoría].

719 *Ibid.* (voto de minoría).

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 trece años, es decir, basada en una situación de violencia sexual.
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 trece años por parte de su esposo –y que se prolongó durante nueve 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 este el caso de la procesada, quien durante nueve 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, mediante el 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 nueve 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.⁷²⁰

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 ha

⁷²⁰ *Ibíd.* (voto de minoría). Rhonda Copelon, autora de la obra “Terror íntimo: La violencia doméstica entendida como tortura”, en *Derechos humanos de la mujer: Perspectivas nacionales e internacionales*, ed. Rebecca J. Cook (Bogotá: Profamilia, 1997), 114, 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. Además ver la obra de Judith Salgado Álvarez, *Manual de formación en género y derechos Humanos* (Quito: UASB-E / CEN, 2013), 157; y, el artículo de Roxana Arroyo y Lola Valladares, “Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres”, en *El género en el derecho: Ensayos críticos*, comp. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado, Lola Valladares (Quito: MJDH / UNIFEMA, 2009), 401.

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.⁷²¹

2. Según el fallo recurrido, la procesada fue detenida “para continuar con los procedimientos legales” a partir del dato obtenido

721 Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Penal, “Sentencia”, en *Resolución n.º 1051-2013, Juicio n.º 1315-2012 (parricidio)* [voto de mayoría].

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 esta 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 CRE, la procesada tenía derecho a que, debido a 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 nueve años que sufrió violencia intrafamiliar y tampoco cuando fue procesada por un hecho que tuvo su antecedente, precisamente, en la violencia intrafamiliar.

Para finalizar, 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.⁷²²

En conclusión, la situación de violencia sexual, física y psicológica que sufrió la procesada desde los trece años 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 mediante ninguna medida; y, que el acto materia del procesamiento se haya cometido en un momento de *shock* psíquico, 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.

El femicidio o los asesinatos de mujeres en razón del 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.⁷²³

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 1990, junto con Jill Radford, definieron el femicidio como “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivados por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres por hombres”.⁷²⁴ Sin embargo, no existe acuerdo

722 *Ibíd.*

723 Isabel Agatón Santander, *Justicia de género: Un asunto necesario* (Bogotá: Temis, 2013), 115.

724 Ver Diana Russell y Robert Harmes, eds., *Femicidio-femicidio: Un paradigma para el análisis de la violencia de género*, <<http://www.femicidio.net>>; Agatón Santander, *Justicia de género*, 117; Buompadre, *Violencia de género, femicidio y derecho penal*, 122.

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.⁷²⁵ Se sostiene que el femicidio solo 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 solo significa homicidio de mujeres. Por ello, 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: 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.⁷²⁶

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 dé el feminicidio concurren, de manera criminal, el silencio, la omisión, la negligencia y la colusión parcial o total de autoridades encargadas

⁷²⁵ *Ibid.*, 122-3.

⁷²⁶ 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 Teóricos y Nuevas Prácticas* (Donostia: Ankulegi Antropologia Elkarte, 2008), 216.

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.

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.⁷²⁷

Desde otra perspectiva 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 solo 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.⁷²⁸

La CNJ ha tenido la oportunidad de abordar la problemática del femicidio –aun antes de su regulación autónoma como delito en el nuevo COIP– al resolver dos recursos de casación referidos a asesinatos de mujeres por sus parejas.⁷²⁹ Teniendo en cuenta los antecedentes de violencia

727 *Ibíd.*, 216-7.

728 Buompadre, *Violencia de género, femicidio y derecho penal*, 125-31.

729 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio 482-2011-VR (asesinato)*; Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 396-2011 (asesinato)*.

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 este 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 agresor alejó a la ahora occisa [...] de cualquier tipo de ayuda que esta 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.⁷³⁰

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

730 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 396-2011 (asesinato)*.

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*.⁷³¹

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 este. 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.⁷³²

En cuanto a la segunda de las alegaciones del procesado, quien sostuvo que existía una circunstancia de excusa –un fuerte ataque a la “honra” por parte de su conviviente, ya que esta 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

731 *Ibíd.*

732 *Ibíd.*

circunstancia que elimina en parte la antijuridicidad 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, mediante 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 constituyen 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”.⁷³³

El segundo de los casos estudiados por la CNJ 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 [...] 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”.⁷³⁴

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 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.⁷³⁵

La Criminología y la Victimología han puesto de manifiesto la extrema vulnerabilidad en la que se encuentran determinadas víctimas.⁷³⁶ Se denomina víctima vulnerable a aquella que no percibe el peligro de la

734 Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 482-2011-VR (asesinato)*.

735 *Ibíd.*

736 Hilda Marchiori, “Los procesos de victimización en el homicidio dentro del grupo familiar”, en: Hilda Marchiori, dir., *Victimología 2. Estudios sobre Victimización*, 191-8.

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.⁷³⁷ El femicidio no es un concepto neutral; indica un problema que supera el 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.

El importante papel jugado por la jurisprudencia de la CNJ en el análisis de la violencia intrafamiliar contrasta con la ausencia de una política pública de carácter integral para la prevención, atención y 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 CEDAW,⁷³⁸ 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. El largo proceso de transición institucional 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.

737 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*, 91-101.

738 Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, *Informe Sombra al Comité de la CEDAW*, 8-11.

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 aprobación de la Ley de Consejos Nacionales de la Igualdad, el 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.

Por tanto, es posible afirmar que el COIP ha fracasado a la hora de proteger a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar; al contrario, las ha sometido a diferentes procesos de revictimización. 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 mediante el 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:⁷³⁹

1. En algunas provincias existen órganos de justicia especializada⁷⁴⁰ únicamente en las cabeceras cantonales, por lo que las mujeres quedan en estado de indefensión.
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.

⁷³⁹ *Ibíd.*, 12.

⁷⁴⁰ 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 Garantías Penales.

3. En la práctica, el COIP 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 COIP 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 regla⁷⁴¹ según la cual los certificados de honorabilidad o laborales presentados por el agresor deben ser valorados por el/la juzgador/a solo 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, 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 cometen en contra de las mujeres en el ámbito doméstico-familiar, implementada de forma coordinada mediante una institucionalidad especializada. Es prioritario poner en marcha mecanismos efectivos mediante 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.

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, exparejas, 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".⁷⁴² Ciertamente, las acciones de sensibilización, debate,

741 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.

742 Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, *Informe Sombra al Comité de la CEDAW*, 15.

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.⁷⁴³

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.⁷⁴⁴

Por ello, tampoco los asesinatos de mujeres motivados por el sexo de las víctimas pueden ser enfrentados exclusivamente mediante el derecho penal. Es necesario poner en marcha una verdadera política pública orientada a modificar los patrones culturales que mantienen intocadas relaciones

743 El art. 141 del Código Orgánico Integral Penal 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 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.

744 La Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, *Informe Sombra al Comité de la CEDAW*, 16, cita el testimonio de los familiares de Vanessa Landinez Ortega, joven víctima de femicidio en la provincia de Tungurahua, que 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”.

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.⁷⁴⁵

El contexto social, político e institucional como escenario para la aplicación de la nueva Constitución: El patriarcado intocado en la “revolución ciudadana”

Los avances que experimentó la interpretación judicial respecto del derecho a una vida libre de violencia a partir de la aprobación de la CRE 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 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 aprobación de reformas legales, encaminados a “viable” los mandatos constitucionales, muestran una orientación contraria a las demandas e intereses de las mujeres y de sus organizaciones sociales.

La política pública de desarrollo infantil y la privación arbitraria del derecho de las mujeres a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo

De acuerdo con la CRE de 2008 el Estado está obligado a garantizar a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, la formación y promoción

⁷⁴⁵ Lorena Contreras Taibo y Alejandra Ramírez Lema “Niños, niñas y adolescentes víctimas del femicidio de sus madres”, en *Victimología 9. Violencia en Niños y Adolescentes*, 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 a asistencia integral de estos niños/as.

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 CRE 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 trabajo,⁷⁴⁶ garantizar el respeto a sus derechos reproductivos y la estabilidad en el empleo sin limitaciones asociadas a su condición de gestación y maternidad,⁷⁴⁷ 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 familiares,⁷⁴⁸ 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 producción,⁷⁴⁹ 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.⁷⁵⁰

746 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 331.

747 *Ibid.*, art. 332.

748 *Ibid.*, art. 333.

749 *Ibid.*, art. 334.

750 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", *La Tendencia. Revista de análisis político*, n.º 13 (2012: 44; y,

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 Nacional, mediante el MIES. En efecto, las mujeres que realizaban trabajos de cuidado de niños y niñas menores de cinco años en los denominados “Centros Infantiles del Buen Vivir” y en el proyecto “Creciendo con Nuestros Hijos” fueron excluidas arbitrariamente de la tutela de las disposiciones constitucionales. Veamos cómo se produjo esta discriminación *de facto*:

El MIES⁷⁵¹ 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 aquellos 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, cuyas familias estaban ubicadas en condiciones de pobreza y extrema pobreza. Para ello, se establecían dos modalidades de atención: los Centros Infantiles del Buen Vivir (CIBV) y el proyecto Creciendo con Nuestros Hijos (CNH).

La 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 preparar los alimentos, respectivamente. La modalidad 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

Margarita Aguinaga, “2006-2012: Feminismos, patriarcado y perspectiva de la lucha de las mujeres en el Ecuador”, *La Tendencia: Revista de análisis político. Movimientos sociales, mujeres, gobierno*, n° 13 (2012): 50-1.

751 Ecuador, *Acuerdo Ministerial 1389*, Registro Oficial 550, 17 de marzo de 2009.

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 promovía la suscripción de 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 podían ser financiados 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 realizada como “bonificación” y no como remuneración.

La tercera y última maniobra mediante la cual se legitimó la exclusión de los trabajos 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.⁷⁵²

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 MIES– 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

752 Ecuador 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), 38-9.

de toda forma de discriminación que afecte a las mujeres en el trabajo se convirtió en letra muerta para un 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 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” el 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 CRE del año 2008.

¿La construcción de una sociedad democrática en un contexto de disminución real y simbólica de los espacios de participación autónoma de las mujeres?

En la CRE se garantiza el derecho de las personas a desempeñar empleos y funciones públicas con base en criterios de equidad y paridad de

género,⁷⁵³ 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 directivas,⁷⁵⁴ se promueve la adopción de medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados en los procesos electorales,⁷⁵⁵ 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 hombres⁷⁵⁶ y se atribuye al CPCCS 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 hombres,⁷⁵⁷ entre otras disposiciones orientadas a la promoción de la participación democrática de las personas y las organizaciones sociales en condiciones de igualdad.

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.⁷⁵⁸

En efecto, de acuerdo con el Informe Sombra al Comité de la CEDAW,⁷⁵⁹ 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 AN (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 significativa presencia de mujeres en cargos

753 *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 61.7.

754 *Ibíd.*, art. 108.

755 *Ibíd.*, art. 65.

756 *Ibíd.*, art. 116.

757 *Ibíd.*, arts. 208, 209 y 210.

758 Aguinaga, "2006-2012: Feminismos, patriarcado y perspectiva de la lucha de las mujeres en el Ecuador": 51-3.

759 Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, *Informe Sombra al Comité de la CEDAW*, 40.

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 MIES referente al trabajo de cuidado de niños y niñas en la época de transición fue un buen ejemplo de ello.⁷⁶⁰ 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 representaba.⁷⁶¹

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 sobre la igualdad 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.⁷⁶²

Por otra parte, a partir de la promulgación del Decreto Ejecutivo n.º 16 de junio de 2013 –que regula el funcionamiento de las organizaciones de la sociedad civil por parte del Gobierno Nacional–, se incrementó 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 conculcaba varios de los derechos fundamentales garantizados en la CRE 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

760 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.

761 Las asambleístas Paola Pabón, Soledad Buendía y Gina Godoy –figuras vinculadas al 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.

762 Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW, *Informe Sombra al Comité de la CEDAW*, 41.

disolución de las organizaciones. La regulación determinaba que las organizaciones debían efectuar una serie de gastos para el desarrollo y mantenimiento de sistemas de información, lo cual, para el caso de diversas asociaciones de mujeres, en la práctica, afectaba 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.⁷⁶³

De esta forma la actividad de las organizaciones sociales también experimentó un proceso de debilitamiento progresivo, en un contexto de disminución real y simbólica de los espacios de participación autónoma de las mujeres.

763 *Ibid.*, 39.

Conclusiones

LAS DEMANDAS DE LAS MUJERES Y LA VIGENCIA REAL DE LA CONSTITUCIÓN

El papel del derecho en el mantenimiento o la transformación de los esquemas patriarcales de discriminación. Los análisis feministas del fenómeno jurídico

En el presente estudio se exponen los principales cuestionamientos que la teoría feminista ha realizado a la manera en que el liberalismo configura 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 es presentado de manera universal y abstracta, suprimiendo las divisiones, los conflictos y las desigualdades, y exhibiendo como valores universales los que resultan de la experiencia específicamente masculina. En oposición, el ámbito privado es 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 mediante la cual se muestra los ámbitos público y privado como si fuesen esferas separadas y opuestas, es uno de los mecanismos mediante los cuales la teoría liberal excluye 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 es construido de forma abstracta, al margen de sus relaciones familiares y de las relaciones con otros individuos. Mientras tanto, el espacio doméstico es caracterizado como un “orden natural” al que es asignada la mujer, debido a sus cualidades “innatas” para el cuidado de los otros. Una de las consecuencias más importantes de esta operación es que la familia, al pertenecer al espacio privado, debe resolver sus

diferencias internas sin la intervención del Estado. Esta doctrina ha sido 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 puede ser aprovechado para alterar la situación en la que se encuentra el colectivo femenino. En los análisis feministas 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, los análisis feministas del derecho muestran 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 solo 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 destaca 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 aprobada por la asamblea legislativa. 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 mediante la costumbre, las tradiciones, las actitudes de la gente.

Si bien las normas constitucionales tienen un potencial transformador, por sí solas, son insuficientes para generar los cambios en la realidad de exclusión, discriminación y violencia que afecta a gran parte de la población. Para lograr este objetivo se requiere la concurrencia de múltiples factores: voluntad política, la acción de los movimientos sociales, el compromiso de las juezas y jueces para materializar los derechos, entre otros.

Avances y retrocesos. Los derechos de las mujeres mediante la interpretación judicial

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 AN 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 AN permitió la participación de diversos sectores de la sociedad ecuatoriana como mecanismo para incorporar sus propuestas. Entre las demandas de las mujeres transversalizadas en el nuevo texto constitucional –es decir, en el componente formal– se subrayan aquellas 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 CPE 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 TC 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 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 deben 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 géneros 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 CPE 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 TC respecto de la acción de revisión de constitucionalidad de la disposición contenida en la ley adjetiva civil que establecía una diferenciación respecto de la calidad del testimonio de las “meretrices”, distinción que resta fuerza probatoria a sus testimonios dentro de un proceso judicial por considerar que carecen de probidad. Dado que la norma establece una especial diferenciación de género, a partir de una conceptualización negativa del trabajo sexual, el Tribunal efectúa un análisis de razonabilidad de tal diferenciación para establecer si se trata de una disposición discriminatoria. Tal distinción, al no contener una razonable justificación, carecer de objetividad y ser desproporcionada con el fin que perseguía, constituye un discrimen para el Tribunal. El Tribunal se apoya en las disposiciones de la CETFDM que, por mandato constitucional, son directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, y declara, en consecuencia, su inconstitucionalidad.

Asimismo, en esta dirección está la decisión adoptada por el TC frente a la arbitraria interpretación de la alternabilidad y la secuencia en la ubicación de puestos de mujeres y hombres que realiza el TSE y que, en la práctica, limitaba la eficacia de las cuotas electorales en favor de las mujeres ecuatorianas. El TC considera que la interpretación del TSE contraviene los preceptos constitucionales que consagran la igualdad y la no discriminación, así como la obligación del Estado de garantizar la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, por lo que declara la inconstitucionalidad del art. 40 del RLE cuestionado.

Merecen destacarse, asimismo, las resoluciones de la CSJ que discuten los supuestos que sustentaban las causas para la declaratoria judicial de la paternidad en el CCi. Las decisiones de la Corte significan un avance para el ejercicio del derecho a la identidad por parte de niñas, niños y adolescentes, al tiempo que posibilitan 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 considera que las disposiciones relativas a la prueba para obtener la declaración judicial de la paternidad han quedado tácitamente derogadas por ser contrarias al principio constitucional de acuerdo con el cual es obligación del Estado, la sociedad y la familia promover con

máxima prioridad el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos.

También en este primer grupo se ubica la jurisprudencia de la CSJ que asume una postura favorable en torno al 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 CSJ denuncian las prácticas discriminatorias promovidas por la política pública gubernamental en contra de mujeres que cumplían tareas de cuidado y educación de niños y niñas menores de seis años en centros de desarrollo infantil y educación inicial, centros de apoyo nutricional 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 puede 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 es enfática al señalar que las decisiones ministeriales que establecen este “sistema de bonificación” contravienen disposiciones constitucionales y legales expresas.

En otras ocasiones las decisiones judiciales refuerzan conceptos y prácticas que tienden a justificar la subalternidad de la mujer. En este segundo grupo se sitúan aquellas resoluciones que realizan una lectura extremadamente formalista de las normas debatidas, o que traducen una serie de prejuicios sobre el deber ser de cada sexo, o que contribuyen 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 los fallos de las Salas del TC en torno a las acciones de hábeas corpus propuestas por mujeres-embarazadas privadas de la libertad. Sus decisiones, en la práctica, legitimaron diversas formas de violación de sus derechos. Las peticionarias permanecieron privadas de la libertad en contra de expresas disposiciones constitucionales y legales, inclusive, en centros no autorizados, en condiciones de detención inhumanas y degradantes. Siendo el embarazo una condición específica de la mujer, la oposición de los operadores de justicia a sustituir la prisión preventiva de las mujeres privadas de la libertad que cursan un embarazo constituye una restricción ilegítima de sus derechos humanos. No obstante, ninguna de las resoluciones del Alto Tribunal analiza la situación de discriminación de la que fueron objeto las demandantes en razón de género.

También forman parte de este grupo las sentencias de la CSJ que tienen relación directa con la problemática de la violencia que afecta a las mujeres. Tal es el caso de las decisiones que adoptan las Salas de lo Civil y Mercantil de la CSJ 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, están ausentes de las discusiones y reflexiones de los jueces cuando conocen y resuelven las causas de divorcio por injurias graves o actitud hostil. Los desarrollos jurisprudenciales de la CSJ en este tema se enfocan en la preservación del núcleo familiar y la institución del matrimonio –en abstracto– y omiten el análisis de los derechos de las mujeres que se ven afectados a causa de la violencia de género.

En este mismo sentido se cuestiona la interpretación de las normas penales que hacen las Salas de lo Penal de la CSJ respecto de los delitos sexuales. No solo 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 están 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 es 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 solo tiene que ver con la existencia de normas explícitamente discriminatorias –componente normativo del derecho–, sino también con los efectos discriminatorios de la aplicación e interpretación de las normas –componente estructural–.

Después de una década de vigencia de la CRE del año 2008, el escenario de la Asamblea Constituyente de Montecristi es visto por las organizaciones de mujeres como una nueva oportunidad para diseñar

“transformaciones de fondo”. El movimiento de mujeres ecuatorianas califica los logros de la CPE de 1998 como “emblemáticos” y cuestiona los límites del modelo económico que se puso en vigencia. En este sentido, desde el movimiento de mujeres se señala la importancia de vincular las demandas de género a los “temas estructurales”, lo que implica 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.

La Asamblea Constituyente de Montecristi había acogido importantes demandas de diversos sectores y movimientos sociales, mediante la promoción de una amplia participación social y ciudadana, mecanismo inaugurado en la AN de 1997-1998. La nueva CRE fue aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008 y entró en vigencia el 20 de octubre del mismo año. De los logros de la CRE de 2008 valorados por el movimiento de mujeres se destaca 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. La carta constitucional reafirma el derecho a la igualdad formal, la igualdad material y a la no discriminación. Asimismo, 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. El Estado está obligado a generar las condiciones para la protección integral de los derechos de sus habitantes a lo largo de sus vidas, y a priorizar su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia.

No cabe duda de que las demandas de las mujeres organizadas fueron ampliamente incorporadas en la nueva CRE –dispositivo formal–. No obstante, como hemos venido afirmando, las normas requieren de una serie de mecanismos (instituciones, programas, recursos, servicios, 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 experimentan las mujeres de diferentes edades, clase social, condición económica, origen étnico, filiación político-partidista, etc., para ejercer plenamente sus derechos.

Igualdad formal e igualdad material. Los límites de las acciones afirmativas para lograr la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad

La CRE 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 CRE 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 CPCCS 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 y la invisibilidad 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 y la participación política.

Las mujeres, y las organizaciones que demandan la plena vigencia de sus derechos, luchan por conseguir mayores cuotas de igualdad real –y no únicamente formal– a partir de lo cual exigen 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, promover la corresponsabilidad de mujeres y hombres en la realización de responsabilidades domésticas y de cuidado, garantizar el acceso de las mujeres a programas de crédito, promocionar cualitativa y cuantitativamente la participación de las mujeres en el mundo laboral, incrementar la participación política, social e institucional de las mujeres en puestos de toma de decisiones, 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 debido a su pertenencia a un grupo o colectivo. Si este 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 el contexto social.

En el ámbito de la participación política de las mujeres, el proceso de implementación de estas medidas enfrenta una serie de obstáculos de tipo legal, judicial, político y social, como es el caso de la interpretación arbitraria que realiza el más alto organismo electoral respecto de la alternabilidad y la secuencia que los partidos políticos deben observar para la ubicación de hombres y mujeres en las listas electorales o la opinión de un sector del organismo de control constitucional en el sentido de que puede existir “alternabilidad sin secuencia” o la idea que resta importancia al lugar de las candidaturas dentro de las listas presentadas para elecciones pluripersonales, bajo el supuesto de que son los ciudadanos los que en último término tienen la capacidad de seleccionar los candidatos de su preferencia.

Otra de las maniobras dirigidas a impedir la plena participación política de las mujeres –en manos del máximo organismo electoral– es dejar en manos de los partidos políticos la decisión en torno a la definición e implementación de la “alternabilidad y secuencia”, lo que permite que se ubique a las mujeres en lugares con escasas posibilidades de elección real. Estrategias como estas ponen 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 y las debilidades de un sistema político incapaz de revertir la discriminación *de facto* que se produce en contra de las mujeres a la hora de acceder a los cargos de representación política.

En la actualidad, los datos sobre el acceso de las mujeres a cargos políticos muestran que las medidas afirmativas han posibilitado el incremento de la presencia de las mujeres en diversos órganos de representación y

dirección, ampliando la visibilidad social de las mujeres. No cabe duda de que las medidas de acción positiva 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 solo 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 en la AN, 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 ex Presidente Rafael Correa Delgado respecto de la despenalización del aborto, la construcción de la política pública sin la participación de las organizaciones de mujeres, el retroceso experimentado en cuanto a 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 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.

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

Se puede afirmar que la jurisprudencia de la nueva CNJ en torno a la violencia que sufren las mujeres ha experimentado una importante evolución. Así, la actual CNJ 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 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 CNJ 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 basado en 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 las mujeres que se atreven a denunciar 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 mujeres para la obtención de pruebas, la creencia de que son ellas quienes provocan la agresión o, por el contrario, quienes deben repelerla, la insensibilidad del personal encargado de asistir a la víctima, entre otras situaciones, provocan en las mujeres daños adicionales a los ocasionados por efecto de la comisión del delito.

En cuanto a la problemática de la violencia intrafamiliar, la CNJ ha señalado que la violencia contra las mujeres constituye un asunto de interés social y político, respecto del cual el Estado ecuatoriano asume 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, significa la materialización del peligro y riesgo concreto que sufren las mujeres víctimas de violencia por parte de sus cónyuges, convivientes, parejas y los demás integrantes del núcleo familiar.

También la CNJ 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 CNJ 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 CNJ 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 conseguir la prueba suficiente para obtener una sentencia condenatoria. A partir de la aprobación del 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 declaren maliciosas y temerarias las denuncias presentadas por mujeres víctimas de violencia que se retractan de sus afirmaciones iniciales o que no llegan a probar el delito.

Por otra parte, existe déficit de juzgados especializados. 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. Los procesos se vuelven más engorrosos, lo cual produce que las víctimas se retracten o ya no quieran denunciar. En definitiva, es posible afirmar que el procedimiento instaurado a partir de la adopción del COIP no necesariamente está protegiendo a las mujeres.

A ello se suma el hecho de que la política pública desarrollada por el gobierno del Eco. Rafael Correa para enfrentar la problemática de la violencia contra las mujeres ha sido insuficiente, según lo han denunciado las organizaciones de mujeres a nivel nacional. 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 entre diferentes ministerios en el ámbito de la prevención y atención de la violencia de género. 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.

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:

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.⁷⁶⁴

Se apela 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 mediante procesos selectivos y a costa de nuevas violencias. En este contexto, la estrecha relación entre el discurso feminista y el discurso legitimante del poder punitivo se enfrenta a severas críticas. 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

764 Patricia Laurenzo Copello, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la democracia*, n.º 34 (1999): 16.

pueda tener efecto 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.⁷⁶⁵

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.⁷⁶⁶

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. Democratícemos 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

765 Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en *Las trampas del poder punitivo*, 35.

766 Consultar los trabajos de Elena Larrauri, “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Ciencias Penales*, n.º 22: 8-9; “Una crítica feminista al Derecho penal”, en *Mujer, derecho y sociedad*, 67-71; y, “Control formal: Y el derecho penal de las mujeres”, en *Mujeres, derecho y criminología*, 106.

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.⁷⁶⁷

Se trata de un modelo abierto que organiza diferentes respuestas frente a las expectativas y decisiones de las mujeres que viven violencia, y que las protege de la impunidad. Un modelo donde la participación de las mujeres tiene un lugar central. Su objetivo es la aplicación de una solución que satisfaga los intereses de las mujeres, lo que depende, en gran medida, del poder negociador que tengan –o pueda llegar a tener gracias a la eficaz intervención de programas especializados–. Por esta razón, cuando tal poder sea reducido, el principal deber de los órganos de la justicia penal será el de brindar apoyo a la víctima a fin de nivelar la fuerza de las partes. En definitiva, este modelo garantizaría que las mujeres sean escuchadas 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 con 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 y en otros ámbitos de la vida social –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.

767 Alberto Bovino, "Delitos sexuales y justicia penal", en *Las trampas del poder punitivo*, 260.

¿Trabajo en condiciones de igualdad?: El retorno a justificaciones de carácter neoliberal para privar a las mujeres de sus derechos laborales

Las investigaciones desarrolladas en América Latina⁷⁶⁸ 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 trabajo.⁷⁶⁹

En la actualidad, desde el dispositivo formal normativo –es decir, a partir de la aprobación de la nueva Constitución y de la legislación laboral– 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.

768 Rosario Aguirre, “Trabajo y género. Caminos por recorrer”, en *Trabajo, género y ciudadanía en los países del Cono Sur*, coord. Rosario Aguirre y Karina Batthyány (Montevideo: Cintefor, 2001).

769 *Ibid.*, 167-73.

Efectivamente, la CRE 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, promueve 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 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 es el caso de la política pública de cuidado de niñas y niños pequeños, a cargo fundamentalmente de mujeres de sectores populares, que mantuvo en vigor el actual gobierno en el período de transición institucional.

Cabe recordar que la jurisprudencia de la Ex CSJ había reprochado el “sistema de bonificación” aplicado a mujeres que cumplían tareas de cuidado y educación de niñas y niños pequeños que implementó el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Niño y la Familia. Pero, los derechos que les fueron reconocidos a las mujeres por la jurisprudencia, les fueron luego despojados por la política pública de desarrollo infantil implementada por el actual gobierno. En efecto, las mujeres que realizaban trabajos

de cuidado de niños y niñas menores de cinco años en los denominados “Centros Infantiles del Buen Vivir” y el programa “Creciendo con Nuestros Hijos” fueron excluidas arbitrariamente de la tutela constitucional y legal. Lo paradójico es que esta política fue justificada con base en la disposición de la CRE 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 afirma⁷⁷⁰ 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 profundizado y que la situación de desigualdad de las mujeres se ha reforzado, dejando intocado el nudo central del patriarcado.

El rol del movimiento de mujeres en el escenario posconstitucional

La CRE –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 pone 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 son diseñadas con este propósito. Por el contrario, varias organizaciones de mujeres a nivel local y nacional⁷⁷¹ 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.

770 Santillana, “A cinco años de la Revolución ciudadana, 44; y, Aguinaga, “2006-2012: Feminismos, patriarcado y perspectiva de la lucha de las mujeres en el Ecuador”: 50-1. Estas autoras realizan un análisis de los efectos del modelo económico impulsado por la Revolución ciudadana en el trabajo de las mujeres.

771 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*.

Frente al desconocimiento del texto constitucional, algunas voces⁷⁷² 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, 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.⁷⁷³ 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 posconstitucional caracterizado por su orientación conservadora y evidentes restricciones a los procesos sociales de exigibilidad de derechos.

En el caso del componente político-cultural, se plantea⁷⁷⁴ la necesidad de 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

772 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), 92-5.

773 Consultar la propuesta de Ramiro Ávila Santamaría, “Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, 556-7.

774 Juan Montaña Pinto, “A modo de conclusión”, en: *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*, 95.

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 mujeres;⁷⁷⁵ denunciar la publicidad sexista⁷⁷⁶ 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.⁷⁷⁷ 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.

⁷⁷⁵ 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 Fries y Gloria Maira (Corporación Humanas), coord., *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2001-2004* (2005); Articulación Regional Feminista, *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2008* (2008); Articulación Regional Feminista, *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2011* (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).

⁷⁷⁶ Ver los estudios realizados por el Observatorio Ciudadano de la Comunicación de Cuenca, consultando: <http://gammaecuador.org>.

⁷⁷⁷ 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*.

Bibliografía

- Abarca Durán, Ximena. "Presentación". En Consejo Nacional de las Mujeres, *Constitución de la República del Ecuador 2008. Derechos de las mujeres*, t. 1. Quito: Maxigraf, 2008.
- . "Presentación". En Consejo Nacional de las Mujeres, *Derechos de las Mujeres en la Nueva Constitución*, t. 1. Quito: Mantis Comunicación, 2008.
- Acosta Vargas, Gladys. *La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe Hispano*. En *Género y derecho*, editado por Alda Facio, 621-87. Quito: UNIFEM/UNICEF, 1996.
- . "La reforma legislativa: Instrumento de la construcción democrática". En *Ciudadanía y participación política. Memoria del Simposio: El abordaje de género en América Latina y su incidencia en los cambios socio-políticos*, compilado por Guadalupe León. Quito: Abya-Yala, 1998.
- Agatón Santander, Isabel. *Justicia de género: Un asunto necesario*. Bogotá: Temis, 2013.
- Aguiar de Luque, Luis, y Pablo Pérez Tremps, dir., *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". *La Tendencia: Revista de análisis político. Movimientos sociales, mujeres, gobierno*, n.º 13 (2012): 48-53.
- Aguirre, Rosario. "El maternalismo en las políticas sociales". En *La ciudadanía a debate*, editado por Eugenia Hola y Ana María Portugal, 87-100. Santiago de Chile: Isis Internacional, 1997.
- . *Género, ciudadanía social y trabajo*. Montevideo: Universidad de La República, 2003.
- . "Trabajo y género. Caminos por recorrer". En *Trabajo, género y ciudadanía en los países del Cono Sur*, coordinado por Rosario Aguirre y Karina Batthyány, 165-80. Montevideo: Cintefor, 2001.
- Almeida, Elisabet. "La política penal/penitenciaria en relación con la mujer: Un enfoque de género". En *Política criminal y sistema penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, coordinado por Iñaki Rivera Beiras, 348-66. Barcelona: Anthropos / Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, 2005.
- Álvarez Conde, Enrique, María Lucía Amaral y Rainer Arnold. *Mujer y Constitución en España*. Madrid: CEPC, 2000.
- Álvarez Lata, Natalia. "Las parejas de hecho: Perspectiva jurisprudencial". *Derecho privado y Constitución*, n.º 12 (1998): 7-68.
- Amaral, María Lucía. "Las mujeres en el derecho constitucional: El caso portugués". En Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold. *Mujer y Constitución en España*, 155-76. Madrid: CEPC, 2000.

- Amores Osorio, Silvia y Rosa Valladares Paz. "Cómo perfilar el interés superior de niño para su aplicación en las resoluciones y sentencias judiciales de Ecuador". *Revista de investigaciones jurídicas Illumanta*. Quito: CNJ, 2014.
- Amorós, Celia. "Globalización y orden de género". En *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, vol. 3, editado por Celia Amorós y Ana de Miguel, 303-32. Madrid: Edic. Minerva, 2001.
- Andrade Ubidia, Santiago, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*. Quito: UASB-E / CEN, 2004.
- Andrade Ubidia, Santiago, Agustín Grijalva Jiménez y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- Antón Sánchez, John. "Afroecuatorianos: Reparaciones y acciones afirmativas". En *Igualdad y no discriminación: El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 331-66. Quito: MJDHC, 2010.
- Añón Roig, María José. *Igualdad, diferencia y desigualdades*. México DF: Fontamara, 2001.
- . "La contribución de los derechos sociales al vínculo social". En *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, editado por Javier de Lucas, 277-309. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- Arnold, Rainer. "La posición constitucional de la mujer en Alemania". En *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 137-54. Madrid: CEPC, 2000.
- Arrom Loscos, Rosa. "Los juzgados de violencia sobre la mujer: Algunos problemas prácticos". En *La protección frente a la violencia de género: Tutela penal y procesal*, Eduardo Ramón Ribas, Irena Nadal y Rosa Arrom, 57-108. Madrid: Dykinson, 2009.
- Arroyo, Roxana. "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*, 73-90. Quito: Corporación Humanas Ecuador / Centro Regional de derechos humanos y Justicia de Género, 2010.
- . "Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres". En *El género en el derecho: Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, 397-464. Quito: MJDH / UNIFEMA, 2009.
- Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género. *Informe regional de derechos humanos y justicia de género 2008*, coordinado por Lorena Fries. Santiago de Chile: Corporación Humanas Chile, 2008.
- . *Informe regional de derechos humanos y justicia de género 2011*, editado por Mariela Infante Erazo. Santiago de Chile: Corporación Humanas Chile, 2011.
- . *Análisis regional de sentencias judiciales: Consecuencias en los derechos de las mujeres. Argentina Bolivia Colombia Chile Ecuador Perú*. La Paz: Coordinadora de la mujer, 2011.
- Astelarra, Judith. "Alcance y limitaciones de las políticas de igualdad de oportunidades". En *Ciudadanía y participación política*, compilado por Guadalupe León, 11-25. Quito: CEIME, 1998.
- Atienza, Manuel. "Un comentario al caso Kalanke". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 111-22.

- Ávila Santamaría Ramiro, Alberto Acosta y Esperanza Martínez, edit., *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2011.
- . “Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano”. En *La protección judicial de los derechos sociales*, editado por Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría, 543-76. Quito: MJDH, 2009.
- Ayala Mora, Enrique. “Introducción: Algunas reflexiones sobre la Asamblea Constituyente de 1997-1998”. En *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, editado por Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, 9-24. Quito: CEN / UASB-E, 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. “Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español. Situaciones comparadas”. En *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 385-408. Madrid: CEPC, 2000.
- . *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género*. Madrid: Cátedra / Universitat de Valencia / Instituto de la Mujer, 2005.
- Ballestrero, María Vittoria. “Acciones positivas. Punto y aparte”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 91-109.
- Bastida, Francisco J., Ignacio Villaverde, Paloma Requejo, Miguel Ángel Presno, Benito Aldaz e Ignacio F. Sarasola. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.
- Benavente, Ma. Ángeles Catalina. “La denuncia en los casos de violencia de género”. En *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, dirigido por Raquel Castillejo Manzanares y coordinado por Ma. Ángeles Catalina Benavente, 335-409. Madrid: La Ley, 2011.
- Bermúdez Valdivia, Violeta. “Protección internacional de los derechos de las mujeres”. En *Sobre género, derecho y discriminación*, editado por Juan Carlos Sandoval, 71-80. Lima: PUCP-Defensoría del Pueblo, 1999.
- Bernal 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 *Palabras del silencio: Las mujeres latinoamericanas y su historia*, compilado por Martha Moscoso, 183-218. Quito: Abya-Yala, 1995.
- Barrère Unzueta, Ma. Ángeles. “De la acción positiva a la discriminación positiva en el proceso legislativo español”. *Jueces por la democracia*, n.º 51 (2004): 26-33.
- . *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid: Civitas, 1997.
- Batres Méndez, Gioconda. “Evaluación del abuso sexual infantil: un instrumento para administrar justicia a las víctimas y una respuesta al backlash”. En *Victimología 7. Temas de Victimología General*, dirigido por Hilda Marchiori, 39-50. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2009.

- Bergallo, Paola. "Trabajo". En *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, editado por Cristina Motta, Macarena Sáenz y Natalia Gherardi. Bogotá: Siglo del Hombre / 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 *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 409-30. Madrid: CEPC, 2000.
- Birgin, Haydeé. "Identidad, diferencia y discurso feminista: Universalismo frente a particularismo". En *El derecho en el género y el género en el derecho*, compilado por Haydeé Birgin, 107-21. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- Blanes Soliva, Mari Fe. "Mujeres y política: Las cuotas electorales". *Ágora: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 4 (2000): 197-215.
- Bock, Gisela y Pat Thane, eds. *Maternidad y políticas de género. La mujer en los Estados de bienestar europeos, 1880-1950*. Madrid: Cátedra, 1996.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la política*, t. I. México DF: FCE, 2002.
- . *Enciclopedia de la Política*, t. II. México DF: FCE, 2002.
- Bovino, Alberto. "Delitos sexuales y justicia penal". En *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, compilado por Haydeé Birgin, 175-294. Buenos Aires: CEADEL / Biblos, 2000.
- Bresser Pereira, Luiz Carlos. "Ciudadanía y república. La emergencia de los derechos republicanos". *Revista Nueva Sociedad*, n.º 159 (1999): 42-75.
- Buompadre, Jorge Eduardo. *Violencia de género, femicidio y derecho penal*. Córdoba: Alveroni, 2013.
- Cabal, Luisa, Cristina Motta y María del Rosario Velásquez, comp. *Más allá del derecho: Justicia y género en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, 2006.
- Cabeza Pereiro, Jaime, y José Fernando Lousada Arochena. "Discriminación por embarazo en el acceso a un trabajo temporal". *Revista de Derecho Social*, n.º 16 (2001): 121-32.
- Cabildo por las Mujeres. *Encuentro de socialización y debate del Código Orgánico Integral Penal*. Cuenca, 2012.
- Camacho, Gloria et al. *Las comisarías de la mujer: ¿Un camino hacia la justicia?: Estudio de caso en el cantón Cuenca, Ecuador*. Quito: CEPLAES, 2009
- Campos Cristóbal, Raquel. "La habitualidad en el delito de violencias habituales en el ámbito familiar". *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XXIV (2002): 128-86.
- 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 *Palabras del silencio: Las mujeres latinoamericanas y su historia*, compilado por Martha Moscoso, 149-82. Quito: Abya-Yala, 1995.
- Cantos, Alejandra. "El tratamiento de los problemas de género en la reforma constitucional". En Galo Chiriboga Zambrano y Rafael Quintero López, eds. *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 / ILDIS / Proyecto Latinoamericano para Medios de Comunicación, 1998.
- Cantos, Alejandra. "Escenarios de aplicación de los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador: Visión crítica del nuevo Código de Procedimiento Penal". En *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre feminismo y derecho*, coordinado por Gioconda Herrera, 99-107. Quito: FLACSO-E / Ágora, 2000.
- Cañete, María Fernanda, "Participación política y ciudadanía". En *Mujeres ecuatorianas. Entre las crisis y las oportunidades 1990-2204*, editado por Mercedes Prieto, 113-46. Quito: CONAMU / FLACSO / UNIFEM 7 UNFPA, 2005.
- Carrasco Molina, Jennie. "Una mirada histórica a la vida de las mujeres 1922-1960". En *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*, Martha Moscoso Carvallo, Estelina Quinatoa, Edizon León, Lulía Moscoso y Jennie Carrasco, 134-239. 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 *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, editado por Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, 85-108. Quito: MJDH / 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 *Palabras del silencio: Las mujeres latinoamericanas y su historia*, compilado por Martha Moscoso, 219-256. Quito: Abya-Yala, 1995.
- Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW. *Informe Sombra al Comité de la CEDAW*. Quito: 2014.
- Cobo, Rosa. "Globalización y nuevas servidumbres de las mujeres". En *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, editado por Celia Amorós y Ana de Miguel, 265-300. Madrid: Minerva, 2005.
- Colombo, Sylviane. "Femminismo giuridico". En *Digesto. Discipline privatistiche, sezione civile*, vol. VIII, 4ª. ed., editado por Rodolfo Sacco. Torino: Utet Giuridica, 1992.
- 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: s. e., 2006.
- Comité Nacional de Defensa de la Ley 103. *Propuestas frente al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Quito, 2012.
- Consejo Nacional de las Mujeres. *Agenda de las Mujeres para la Nueva constitución ecuatoriana*. Quito: CONAMU, 2008.
- Consejo Nacional de las Mujeres. *Los derechos de las mujeres en la nueva Constitución de la República del Ecuador*. Quito: CONAMU, 2008.

- Contreras Taibo, Lorena y Alejandra Ramírez Lema. "Niños, niñas y adolescentes víctimas del femicidio de sus madres". En *Victimología 9. Violencia en niños y adolescentes*, dirigido por Hilda Marchiori, 91-110. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2010.
- Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas, Foro nacional permanente de la mujer ecuatoriana, Consejo Nacional de las Mujeres. *Nosotras en la Constitución. Propuestas de las Mujeres a la Asamblea Nacional Constituyente*. Quito: CPME, 1998.
- Copelon, Rhonda. "Terror íntimo: La violencia doméstica entendida como tortura". En *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, editado por Rebecca J. Cook, 110-4. Bogotá: Profamilia, 1997.
- 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: Corporación Humanas, 2009.
- . *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios 2010-2011*. Quito: Corporación Humanas, 2011.
- Costa, Patricia M. y Sofía Harari. "Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género". En *El derecho en el género y el género en el derecho*, compilado por Haydeé Birgin, 149-87. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- Davis-Yuval, Nira. *Género y nación*. Lima: Flora Tristán, 2004.
- Davis, Nanette J., y Karlene Faith. "Las mujeres y el estado: modelos de control social en transformación". En *Mujeres, derecho penal y criminología*, compilado por Elena Larrauri, 109-39. Madrid: Siglo XXI, 1994.
- De Lucas, Javier. "Introducción". En *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, editado por Javier de Lucas, 11-31. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Del Campo, Esther y Evelyn Magdaleno. "Avances legislativos de acción positiva en Bolivia, Ecuador y Perú". En *Mujeres y escenarios ciudadanos*, editado por Mercedes Prieto, 275-98. Quito: FLACSO-E / Ministerio de Cultura del Ecuador, 2008.
- Dietz, Mary G. "Cómo encarar la ciudadanía". *Perspectivas*, n.º 2 (1996): 3-8.
- Durán, María Ángeles. "Las mujeres en la vida política". *Ágora: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 4 (2000) 15-30.
- . "Los derechos constitucionales de las amas de casa y los trabajadores autónomos". En *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 495-536. Madrid: CEPC, 2000.
- Dussich, John P. "La importancia de la Vulnerabilidad para la Victimología". En *Victimología 12 Vulnerabilidad de las Víctimas*, dirigido por Hilda Marchiori, 11-8. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2012.
- Dután, Gladys. "Intervención de la representante de la Coordinadora Política de Mujeres ecuatorianas". En *Reflexiones sobre mujer y política: Memorias del Seminario Nacional. "Los cambios políticos en Ecuador: Perspectivas y retos para las mujeres, compilado por María Fernanda Cañete*, 203-10. Quito: CEDIME / Abya-Yala / UNIFEM / KAS, 2004
- Ecuador. *Acuerdo Ministerial 1389 que expide las normas para la prestación de servicios y ejecución de proyectos para protección integral a niños, niñas y adolescentes y sus*

- familias por parte del Ministerio de Inclusión Económica y Social*. Registro Oficial 550, 17 de marzo de 2009.
- Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, de 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 256, 18 de agosto de 1989.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Código Penal*. Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971.
- Ecuador. *Constitución Política del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley que regula las uniones de hecho*. Registro Oficial 399, 29 de diciembre de 1982.
- Ecuador. *Ley Reformatoria al Código Penal*. Registro Oficial 45, 23 de junio de 2005.
- Ecuador. *Ley 105 Reformatoria del Código Penal*. Registro Oficial 365, 21 de julio de 1998.
- Ecuador. *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*. Registro Oficial 20, 17 de marzo de 2000.
- Ecuador. *Reforma al Reglamento a la Ley de Elecciones*. Registro Oficial 384, 23 de julio de 2004.
- Ecuador. *Reglamento a la Ley de Elecciones*. Registro Oficial 39, Suplemento, 20 de marzo de 2002.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero de 2012-diciembre de 2012*. Quito: 2012.
- . *Jurisprudencia ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013-diciembre de 2013*. Quito: 2013.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial, Serie XVI*, n.º 14. Quito: enero-abril, 1999.
- . *Gaceta Judicial, Serie XVI*, n.º 15. Quito: mayo-agosto, 1999.
- . *Gaceta Judicial, Serie XVII*, n.º 1. Quito: septiembre-diciembre, 1999.
- Ecuador 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.
- Ecuador Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional*, n.º 6. Quito: enero-marzo, 2002.
- . *Gaceta Constitucional*, n.º 7. Quito: abril-junio, 2002.
- . *Gaceta Constitucional*, n.º 8. Quito: julio-septiembre, 2002.
- . *Gaceta Constitucional*, n.º 9. Quito: octubre-diciembre, 2002.
- . *Gaceta Constitucional*, n.º 10. Quito: enero-marzo, 2003.
- . *Gaceta Constitucional*, n.º 11. Quito: abril-junio, 2003.
- . *Gaceta Constitucional*, n.º 12. Quito: julio-septiembre, 2003.
- . *Gaceta Constitucional*, n.º 14. Quito: enero-marzo, 2004.
- . *Gaceta Constitucional*, n.º 15. Quito: abril-junio, 2004.
- . *Gaceta Constitucional*, n.º 16. Quito: julio-septiembre, 2004.

- Gaceta Constitucional, n.º 17. Quito: octubre-diciembre, 2004.
 - Gaceta Constitucional, n.º 18. Quito: enero-marzo, 2005.
 - Gaceta Constitucional, n.º 19. Quito: marzo-junio, 2006.
 - Gaceta Constitucional, n.º 21. Quito: octubre-noviembre-diciembre, 2006.
 - Gaceta Constitucional, n.º 22. Quito: enero-abril, 2007.
 - Gaceta Constitucional, n.º 23. Quito: junio-septiembre, 2007.
 - Gaceta Constitucional, n.º 24. Quito: octubre-diciembre, 2007.
 - Gaceta Constitucional, n.º 25. Quito: enero-marzo, 2008.
- Eichler, Margrit. "Cambios familiares: Familias políticas e igualdad de género". En *Género y derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Frías, 443-87. Santiago de Chile: LOM, 1999.
- Elósegui Itaxo, María. *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*. Madrid: Universidad de Zaragoza / CEPC, 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*, t. II, 501-16. Montevideo: KAS, 2005.
- Etxeberria Guridi, José Francisco. "La prueba en el proceso de violencia de género". En *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, coordinado por Ma. Ángeles Catalina Benavente, 63-124. 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 de 2003. C-320/2001. Busch contra Klinikum Neustadt GmbH –Co. Betriebs– KG". En *Revista de Derecho Social*, n.º 24 (2003).
- Facio, Alda. "Hacia otra teoría crítica del derecho". En *Género y derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Frías, 201-30. Santiago de Chile: LOM, 1999.
- "La Carta Magna de todas las mujeres". En *El género en el derecho: Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, 541-58. Quito: MJDH, 2009.
 - "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal". En *Género y derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Frías, 99-137. Santiago de Chile: LOM, 1999.
 - "Feminismo, género y patriarcado". En *Género y derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Frías, 21-61. Santiago de Chile: LOM, 1999.
- Fariñas Dulce, María José. "Ciudadanía 'universal' versus ciudadanía 'fragmentada'". En *El vínculo social: Ciudadanía y cosmopolitismo*, María José Anón Roig et al., 165-80. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Favoreu, Louis. "Principio de igualdad y representación política de las mujeres. Cuotas, paridad y Constitución". *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 50 (1997): 13-28.
- Fernández Rodríguez, M^a Dolores. "Condición femenina y represión". *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 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". *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 11 (1994): 141-58.

- Ferrerres Comelia, Víctor. "El principio de igualdad y el 'derecho a no casarse'". *Revista Española de Derecho Constitucional* 14, n.º 42 (1994): 163-93.
- Ferrerres Comelia, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC, 1997.
- Flores Giménez, Fernando, comp. *Género y derecho constitucional*. Quito: CEN, 2003.
- Fraser, Nancy. "La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación". *Revista de Trabajo* 4, n.º 6 (2008): 83-99.
- Fraser, Nancy, y Linda Gordon. "Contrato versus caridad: Una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social". *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, n.º 6 (1992): 1-82.
- Freixes Sanjuán, Teresa. "Introducción". En *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold. Madrid: CEPC, 2000.
- . "La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea". *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold. Madrid: CEPC, 2000.
- Frías, Lorena. "Sexualidad y reproducción, una legislación para el control: El caso chileno". En *Género y derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Frías, 687-707. Santiago de Chile: LOM, 1999.
- Frías, Lorena y Verónica Matus. "Supuestos ideológicos, mecanismos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal". En *Género y derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Frías, 143-63. Santiago de Chile: LOM, 1999.
- Frías, Lorena y Gloria Maira, coord. *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2001-2004*. Santiago de Chile: Corporación Humanas, 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 *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, María José Añón Roig et al., 309-38. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- García Añón, José. "Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa. Los problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo". En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 249-84. Quito: MJDHC, 2010.
- . "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 *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, editado por Ignacio Campoy, 75-112. Madrid: Dykinson, 2004.
- García Añón, José. "Representación política de las mujeres y cuotas". *Derechos y libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, n.º 11 (2002): 341-71.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.
- García Suárez, Alba Lucía. *Lineamientos de política pública sobre violencia de género*. Bogotá: UEC, 2011.

- Garibaldi Jallet, Annita. "Las mujeres en la Constitución italiana". En *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 111-36. Madrid: CEPC, 2000.
- Garriga Domínguez, Ana. "Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 10 (2001): 53-104.
- Gavidia Sánchez, Julio V. "La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre". *Derecho Privado y Constitución*, n.º 12 (1998): 69-142.
- Gaviria Díaz, Carlos. *Sentencias, herejías constitucionales*. México DF: FCE, 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 María Victoria Fama. *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, Andrea Pequeño, Mercedes Prieto y Gioconda Herrera. *De memorias: Imágenes públicas de las mujeres ecuatorianas de comienzos y fines del siglo veinte*. Quito: FONSAL / FLACSO-E, 2007.
- Gómez, María Mercedes. "Violencia por prejuicio". En *La mirada de los jueces: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, editado por Cristina Motta y Macarena Sáenz, 90-190. Bogotá: Siglo del Hombre / 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 Gilda Pacheco. "IV Conferencia Mundial sobre la Mujer: Interrogantes, nudos y desafíos sobre el adelanto de las mujeres en un contexto de cambio". En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. IV, 15-46. San José: IIDH, 1996.
- Harari, Sofía y Gabriela L. Pastorino. "Acerca del género y el derecho". En *El derecho en el género y el género en el derecho*, compilado por Haydeé Birgin, 121-49. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- Haro Rodríguez, Fabiola y Oriana Ercoli Altamirano. "Prácticas en el Proceso Judicial y Victimización Secundaria. Casos de Abuso Sexual Infantil. Novena Región de la Araucanía". En *Victimología 7 Temas de Victimología General*, dirigido por Hilda Marchiori, 131-57. 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, 13-26. Cuenca: Instituto de Investigaciones de la Universidad de Cuenca, 2003.
- Humphrey Marshall, Tomas. "Ciudadanía y clase social". *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 79 (1997): 297-346.
- Iglesias, Carmen. "Presentación". En *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, Madrid: CEPC, 2000.

- Jaramillo, Isabel Cristina. "Familia". En *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, editado por Cristina Motta y Macarena Sáenz, 267-366. Bogotá: Siglo del Hombre / American University Washington College of Law / Center for Reproductive Rights, 2008.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida. "Las acciones positivas". *Jueces para la Democracia*, n.º 41 (2001): 49-69.
- Kohen, Beatriz. "El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual". En *El derecho en el género y el género en el derecho*, compilado por Haydeé Birgin, 73-107. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- Lagarde y de los Ríos, Marcela. "Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres". En *Retos teóricos y nuevas prácticas*, coordinado por Margaret Bullen y Carmen Diez Mintegui, 209-40. Donostia: Ankulegi, 2008.
- Larrauri, Elena. "Control informal: Las penas de las mujeres". En *Mujeres, derecho penal y criminología*, coordinado por Elena Larrauri, 93-108. Madrid: Siglo XXI, 1994.
- . "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12 (2003): 271-310.
- . "Una crítica feminista al derecho penal". En *Mujeres y sistema penal*, 19-40. Sevilla: Fundación El Monte, 1996.
- Larrandart, Lucía. "Control social, derecho penal y género". En *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, compilado por Haydeé Birgin, 85-110. Buenos Aires: CEADEL / Biblos, 2000.
- Laurenzo Copello, Patricia. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal". *Jueces para la democracia*, n.º 34 (1999): 16-22.
- Lázaro Riol, Ángel. "Igualdad de sexos y representación política. Propuestas legislativas y reticencias jurisprudenciales". *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 4 (2000): 39-56.
- Lemaitre, Julieta. "Alcance de la reforma legal: La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia". En *Más allá del derecho: Justicia y género en América Latina*, compilado por Luisa Cabal y Cristina Motta, 219-66. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 2006.
- . "Violencia". En *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, editado por Cristina Motta y Macarena Sáenz, 554-630. Bogotá: Siglo del Hombre / 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 *Victimología 7 Temas de Victimología General*, dirigido por Hilda Marchiori, 177-87. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2009.
- Loli, Silvia. "Cuotas de participación política: Balance y perspectivas". En *Reflexiones sobre mujer y política: Memorias del Seminario Nacional. "Los cambios políticos en Ecuador: Perspectivas y retos para las mujeres"*, compilado por María Fernanda Cañete, 21-43. Quito: CEDIME / Abya-Yala / UNIFEM / KAS, 2004.

- López Guerra, Luis. "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978". *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 19-42. Madrid: CEPC, 2000.
- . *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado / CEPC, 2000.
- MacKinnon, Catharine A. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra / Universitat de Valencia / Instituto de la Mujer, 1995.
- Maier, Julio B. J. "La víctima y el sistema penal". En *De los delitos y de las víctimas*, compilado por Julio B. J. Maier, 183-249. Buenos Aires: AD-HOC, 1992.
- 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*, editado por Juan Carlos Sandoval, 81-90. Lima: PUCP-Defensoría del Pueblo, 1999.
- Marchiori, Hilda. "Los procesos de victimización en el homicidio dentro del grupo familiar". En *Victimología 2. Estudios sobre Victimización*, dirigido por Hilda Marchiori, 191-210. 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.
- Martín Vida, María Ángeles. "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense". *Revista Española de Derecho Constitucional* 23, n.º 68 (2003): 151-94.
- . *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Madrid: Civitas, 2003.
- . "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* 18, n.º 53 (1998): 313-36.
- Martínez López-Muñoz, José Luis. "La familia en la Constitución española". *Revista Española de Derecho Constitucional* 20, n.º 58 (2000): 11-43.
- Matus, Verónica. "Lo privado y lo público, una dicotomía fatal". En *Género y derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Frías, 61-75. Santiago de Chile: LOM, 1999.
- Mesa Cantonal para la Erradicación de la Violencia de Género. *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*. Cuenca: 2014.
- Mestre, Ruth. "Neus Campillo: El feminisme com a crítica". En *Anuario de filosofía del derecho*, 339-40. Valencia: Nueva Época / Ministerio de Justicia / Ministerio de la Presidencia, 1998.
- . "Respuesta a Neus Campillo". En *Anuario de Filosofía del Derecho*. Valencia: Nueva Época / Ministerio de Justicia / Ministerio de la Presidencia, 1998.
- . "Vínculo social y trabajo hoy. La exclusión de las mujeres inmigrantes". En *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, editado por Javier de Lucas, 463-81. Valencia: Tirant lo Blanch, 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*)". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º3 (1998): 173-204.
- Molyneux, Maxine. "Justicia de Género, Ciudadanía y Diferencia en América Latina". En *¿Qué género tiene el derecho? Ciudadanía, historia y globalización*, editado por Stefanie Kron y Karoline Noak, 36-57. Berlin: Edition tranvía / Verlag Walter Frey, 2008.
- Moller Okin, Susan. "Liberalismo político, justicia y género". En *Perspectivas feministas en teoría política*, compilado por Carme Castells, 127-46. 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*, 91-7. Quito: Corporación Humanas Ecuador / Centro Regional de derechos humanos y Justicia de Género, 2010.
- Moreano, Alejandro. *La nueva Constitución: Escenarios, actores, derechos*, 9-18. Quito: Ciudad, 1998.
- Motta, Cristina. "Ciudadanía". En *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, editado por Cristina Motta y Macarena Sáenz, 34-131. Bogotá: Siglo del Hombre / American University Washington College of Law / Center for Reproductive Rights, 2008.
- Motta, Cristina, dir. *Observatorio legal de la mujer. El legado de la Constitución*. Bogotá: Universidad de los Andes / Dirección Nacional de Equidad para las Mujeres, 1998.
- Muñoz Conde, Francisco. "La mujer víctima del delito sexual". En *Mujer, derecho y sociedad*, 29-43. Sevilla: Fundación El Monte, 1996.
- Mouffe, Chantal. "Feminismo, ciudadanía y política democrática radical". *Revista Foro*, n.º 33 (diciembre de 1997-enero de 1998).
- . *Ciudadanía y feminismo: Feminismo y teoría identidad pública/privada*. México DF: UNIFEM / IFE, 2001.
- 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*, 109-53. Madrid: Dykinson, 2009.
- Obando, Ana Elena. "Las interpretaciones del derecho". En *Género y derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Frías, 163-87. Santiago de Chile: LOM, 1999.
- Ollero, Andrés. "Valores, principios, normas, dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 2, n.º 21-II (1998): 305-19.
- Olsen, Frances. "El sexo del derecho". En *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia Ruiz, 25-45. 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 *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, compilado por Haydeé Birgin, 111-36. Buenos Aires: CEADEL / Biblos, 2000.
- Otero García-Castrillón, Carmen. "Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la política social comunitaria". *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 6, n.º 12 (2002): 489-502.
- Padilla Varela, Laura. "Delitos contra la libertad sexual". En *Mujer y Justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, coordinado por M^a José Varela Portela, 53-77. Barcelona: Cedecs Editorial, 2002.
- Pagelow, Mildred. "Mujeres golpeadas y Homicidio". En *Victimología 8. Violencia Familiar-Conyugal*, dirigido por Hilda Marchiori, 51-7. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2010.
- Palán, Zonia. "Nosotras en la Constitución". En *La nueva Constitución. Escenarios, actores, derechos*, 31-42. Quito: Ciudad, 1998.
- Pateman, Carole. "Críticas feministas a la dicotomía público/privado". En *Perspectivas feministas en teoría política*, compilado por Carme Castells, 31-52. Barcelona: Paidós, 1996.
- Pautassi, Laura. "Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades: Ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina". En *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre feminismo y derecho*, coordinado por Gioconda Herrera, 65-90. Quito: FLACSO-E / Ágora, 2000.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. "Ciudadanía y definiciones". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 25 (2002): 177-211.
- . *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2003.
- . *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.
- Pérez del Río, Teresa. "La discriminación positiva". En *Mujer, derecho y sociedad*, 321-39. Sevilla: Fundación El Monte, 1996.
- Pérez Tremps, Pablo. "Constitución y derechos de la mujer". En *Derechos Humanos de las Mujeres. Aportes y Reflexiones*, n.º 6. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1998.
- Phillips, Anne. "¿Deben las feministas abandonar la democracia liberal? En *Perspectivas feministas en teoría política*, compilado por Carme Castells, 79-98. Barcelona: Paidós, 1996.
- Pitch, Tamar. *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003.
- Plaza 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.º 15 (2001): 265-80.
- Pontual, Pedro. "Construyendo una pedagogía democrática del poder". México DF: Centro de Servicios Municipales "Heriberto Jara" / Fundación Friedrich Ebert, 1996.
- Prieto, Mercedes, y Ana María Goetschel. "El sufragio femenino en Ecuador (1884-1940)". En *¿Qué género tiene el derecho? Ciudadanía, historia y globalización*, editado por Stefanie Kron y Karoline Noak, 299-327. Berlin: edition tranvía / Verlag Walter Frey, 2008.
- Prieto Sanchís, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993.
- . *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

- Quezada, Alexandra. "Del derecho al voto a la presencia de las mujeres en la vida política nacional". En *Historia del voto femenino en el Ecuador*, editado por Raquel Rodas Morales, 141-207. Quito: CONAMU, 2009.
- Ramón Ribas, Eduardo. "Los delitos de violencia de género: objeto de protección". En *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, 13-56. Madrid: Dykinson, 2009.
- Ramos Ríos, Miguel Ángel. *Violencia familiar. Protección de la víctima frente a las agresiones intrafamiliares*, 2ª. ed. Lima: Lex & Iuris, 2013.
- Rey Martínez, Fernando. "Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución". *AequAlitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*. n.º 1 (1999): 52-9.
- . *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.
- . "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)". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 47 (1996): 309-32.
- . "Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo". *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 431-66. Madrid: CEPC, 2000.
- Ridaura Martínez, Mª Josefa. "La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español". En *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, coordinado por Mª Josefa Ridaura Martínez y Mariano J. Aznar Gómez, 213-64. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Rioseco Ortega, Luz. "Culminación de la violencia doméstica: Mujeres que asesinan a sus parejas-defensas penales posibles". En *Género y derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Fries, 707-37. Santiago de Chile: LOM, 1999.
- Rodas Morales, Raquel. "De los inicios de la República a la Revolución Juliana". En *Historia del voto femenino en el Ecuador*, editado por Raquel Rodas Morales, 17-139. Quito: CONAMU, 2009.
- Rodas Morales, Raquel, edit. *Historia del voto femenino en el Ecuador*. Quito: CONAMU, 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". *Revista de Derecho Social*, n.º 11 (2000): 103-s.
- Rodríguez, Marcela V. "Igualdad, democracia y acciones positivas". En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 285-330. Quito: MJDHC, 2010.
- Rosenfeld, Michel. "Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos". En *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 83-102. Madrid: CEPC, 2000.
- Rosero, Rocío. "Las mujeres ecuatorianas, la constituyente y la Constitución". *La Tendencia: Revista de análisis político*, n.º 5 (2007): 109-13.
- Rosero, Rocío, María del Pilar Vela y Ariadna Reyes. *De las demandas a los derechos: Las mujeres en la Constitución de 1998*. Quito: FNPME / CONAMU, 2000.

- Rousseau, Dominique. "Los derechos de la mujer y la Constitución francesa". En *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 103-12. Madrid: CEPC, 2000.
- Rubio Llorente, Francisco, María Ángeles Ahumada, Ángel Gómez, Antonio López, et al. *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel, 1995.
- Ruiz, Alicia. "De las mujeres y el derecho". En *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia Ruiz, 9-25. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- . "La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres". En *El derecho en el género y el género en el derecho*, compilado por Haydeé Birgin, 19-31. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- Ruiz Miguel, Alfonso. "La discriminación inversa y el caso Kalanke". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 123-40.
- . "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 39-86.
- . "Paridad electoral y cuotas femeninas". *AequAlitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, n.º1 (1999): 44-51.
- Russell, Diana E. H., y Roberta Harmes, eds. *Femicide in Global Perspective*. Nueva York: Teachers College Press, 2001.
- Sacoto, Sonia. "Interés superior del niño: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva". *Iuris Dictio. Revista de Derecho*, n.º 18 (2014): 167-9.
- 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 et al. C. Regent Office Care Ltd., Commercial Catering Group y Mitie Service Ltd.)". *Revista de Derecho Social*, n.º 22 (2003): 117-130.
- Salgado, Judith. "Derechos humanos y género en el marco constitucional ecuatoriano". En *Género y derecho constitucional*, compilado por Fernando Flores Giménez, 121-38. Quito: CEN, 2003.
- . *La reapropiación del cuerpo: Derechos sexuales en Ecuador*. Quito: UASB-E / CEN, 2008.
- . *Manual de formación en género y derechos humanos*. Quito: UASB-E / CEN, 2013.
- Salgado, Rocío. "La Ley 103 contra la violencia a la mujer y la familia y la administración de justicia". En *Las fisuras del patriarcado: Reflexiones sobre feminismo y derecho*, coordinado por Gioconda Herrera, 121-25. Quito: FLACSO-E / Ágora, 2000.
- . "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, 37-51. 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 *Victimología 8 Violencia familiar-conyugal*, dirigido por Hilda Marchiori, 137-43. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2010.
- Sánchez Martínez, M. Olga. "Constitución y parejas de hecho: El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares". *Revista Española de Derecho Constitucional* 20, n.º 58 (2000): 45-69.
- Santillana, Alejandra. "A cinco años de la Revolución Ciudadana: La gran deuda histórica es con las mujeres". *La Tendencia: Revista de análisis político*, n.º 13 (2012): 44-7.
- 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 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.
- . "Las mujeres en la Constitución de agosto de 1998: del reconocimiento formal de la igualdad al fomento de la equidad".
- Smart, Carol. "La teoría feminista y el discurso jurídico". En *El derecho en el género y el género en el derecho*, compilado por Haydeé Birgin, 31-73. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- . "La mujer del discurso jurídico", en *Mujeres, derecho penal y criminología*, compilado por Elena Larrauri, 167-77. Madrid: Siglo XXI, 1994.
- Smith, Ma. Marcia, y Víctor Manuel Durand. "Actores y movimientos sociales urbanos y acceso a la ciudadanía". *Revista Ciudades*, n.º 25 (1995): 3-8.
- Solé Riera, Jaume, y Elena Larrauri Pijoan. "Violencia doméstica y situación de la víctima". *Justicia* 99, n.º 1 (1999): 67-82.
- Stang Dahl, Tove. *Derecho de la mujer. Una introducción a la jurisprudencia feminista*. Madrid: Vindicación Feminista Publicaciones, 1987.
- Storini, Claudia. "El alcance jurídico de la teoría de la interpretación como límite a la labor del Tribunal Constitucional". *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 6 (2002): 191-212.
- . "Hermenéutica y Tribunal Constitucional". *Foro: Revista de Derecho*, n.º 7 (2007): 159-86.
- . "Hermenéutica y Tribunal Constitucional". *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 5 (2001): 221-46.
- . *La interpretación constitucional y el Estado de las autonomías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- . "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA". *Civitas Europa*, n.º 2 (2008): 330-45.
- . "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.

- . “Justicia constitucional e interpretación de la Constitución”. *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 1 (2006): 15-60.
- . “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 9 (2008): 35-61.
- Storini, Claudia, y Marco Navas Alvear. *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 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 *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 595-621. Madrid: CECP, 2000.
- Tamayo León, Giulia. “Discriminación contra la mujer y estándares internacionales de derechos humanos”. En *Sobre género, derecho y discriminación*, editado por Juan Carlos Sandoval, 99-120. Lima: PUCP-Defensoría del Pueblo, 1999.
- Tarditti, Aida. “Delitos Sexuales –tensiones entre las Garantías del Imputado y Derechos Fundamentales de las Víctimas–”. En *Victimología 6 Temas de Victimología General*, dirigido por Hilda Marchiori, 31-53. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2009.
- Torres del Moral, Antonio. “¿Qué Igualdad?”. *Revista de Derecho Político*, n.º 44 (1998): 77-102.
- Trujillo, María Antonia. “La paridad política”. En *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 355-84. Madrid: CEPC, 2000.
- Valeije, Inma. “La víctima en los delitos contra la libertad sexual”. En *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XXII. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones 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 de 1998*. Quito: FLACSO-E, 2003.
- . “Los derechos de las mujeres en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998”. *Foro: Revista de derecho*, n.º 2 (2003- 2004): 55-103.
- Valpuesta Fernández, María del Rosario. “La mujer y el derecho civil. Aplicación del principio de igualdad”. En *Mujer, derecho y sociedad*, 275-95. Sevilla: Fundación El Monte, 1996.
- Varela Portela, Mª José, coord. *Mujer y justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*. Madrid: Cedecs Textos Abiertos, 2002.
- Vargas, Virginia, “Ciudadanías globales y sociedades civiles. Pistas para el análisis”. *Revista Nueva Sociedad*, n.º 163 (1990): 125-38.
- . “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.
- Vásconez R., Alison. “Mujeres, trabajo y pobreza”. En *Mujeres ecuatorianas: Entre las crisis y las oportunidades 1990-2004*, editado por Mercedes Prieto, 241-308. Quito: CONAMU / FLACSO / UNIFEM / UNFPA, 2005.
- Vega Ugalde, Silvia. “La ciudadanía ‘incompleta’ de los movimientos de mujeres”. En *Mujer, participación y desarrollo*, 225-56. Quito: CORDES, 2000.

- “La cuota electoral de las mujeres: Elementos para un balance”. En *Rlas fisuras. Memorias del Seminario Nacional: Los cambios políticos en Ecuador: perspectivas y retos para la mujer*, compilado por María Fernanda Cañete, 43-58. Quito: Abya-Yala / CEDIME, 2004.
- “La cuota electoral en Ecuador: Nadando a contracorriente en un horizonte esperanzador”. En *Nadando contra la corriente: Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, editado por Magdalena León, 169-206. Quito: UNIFEM / UNFPA / Universidad Nacional / IEP / CIDEM / FLACSO-E, 2005.
- “Movimiento de mujeres: ¿Cuál es el ‘nuevo momento’?”. *La Tendencia: Revista de análisis político*, n.º 1 (2004): 70-7.
- Vela Sánchez, Antonio José. “De la discriminación civil de la mujer, ¿a la de la pareja de hecho?”. En *Derecho y Sociedad*, 297-320. Sevilla: Fundación El Monte, 1996.
- Ventura Franch, Asunción. *Las mujeres y la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales / Instituto de la Mujer, 2000.
- “Las mujeres, la Constitución y el derecho de familia”. En *Mujer y Constitución en España*, Enrique Álvarez Conde, María Lucía Amaral y Rainer Arnold, 467-94. Madrid: CEPC, 2000.
- Verdú, Pablo Lucas. “Estado de derecho”. En *Prontuario de ciencia política y derecho constitucional*, D. Basterra et al., 157-8. Granada: Comares, 1996.
- *La lucha por el Estado de derecho*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.
- Villagómez Weir, Gayne. “La violencia sexual contra la niñez y adolescencia desde una perspectiva de género”. En *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, editado por Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, 407-40. Quito: MJDH / UNICEF / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010.
- “Los derechos de las mujeres, ayer y hoy”. *La Tendencia: Revista de análisis político. Movimientos sociales, mujeres, gobierno*, n.º 13 (2012): 54-62.
- Villanueva Flores, Rocío. “Análisis del derecho y perspectiva de género”. En *Sobre género, derecho y discriminación*, 485-518. Lima: PUCP, 1999.
- “Género y justicia Constitucional en América Latina”. En *Género y derecho constitucional en América Latina*, compilado por Fernando Flores Giménez, 37-82. Quito: CEN, 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*, 487-502. Sucre: Tribunal Constitucional, 2003.
- Villar Laiz, Violeta. “Ámbito Civil”. En *Mujer y Justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, coordinado por María José Varela Portela, 221-316. Barcelona: CEDEC, 2002.
- Vivas Larruy, Ángeles, dir. *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 *Victimología 8. Violencia familiar-conyugal*, dirigido por Hilda Marchiori, 11-31. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, 2010.

- West, Robin. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre / Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes / Ediciones Uniandes / Instituto Pensar, 2000.
- Williams, Joan. "Igualdad sin discriminación". En *Género y derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Frías, 75-99. Santiago de Chile: LOM, 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, 1998.
- Young, Iris Marion. "Vida política y diferencia de grupo: Una crítica del ideal de ciudadanía universal". En *Perspectivas feministas en teoría política*, compilado por Carme Castells, 99-126. Barcelona: Paidós, 1996.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. "El discurso feminista y el poder punitivo". En *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, compilado por Haydeé Birgin, 19-38. Buenos Aires: CEADEL / Biceblos, 2000.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1997.

Informes y Seminarios

- Articulación Regional Feminista. *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2008*. 2008.
- . *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2011*. 2011.
- . *Análisis Regional de Sentencias Judiciales: Consecuencias en los derechos de las mujeres. Argentina Bolivia Colombia Chile Ecuador Perú*. La Paz, 2011.
- Cabildo por las Mujeres. *Encuentro de socialización y debate del Código Orgánico Integral Penal*. Cuenca, 2012.
- Coalición Nacional de Mujeres para la Elaboración del Informe Sombra de la CEDAW. *Informe Sombra al Comité de la CEDAW*. Quito: 2014.
- 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.
- Comité Nacional de Defensa de la Ley 103. *Propuestas frente al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Quito: 2012.
- CNM. *Agenda de las Mujeres para la Nueva Constitución Ecuatoriana*. Quito. 2008.
- CNM. *Derechos de las Mujeres en la Nueva Constitución*. Quito, 2008.
- Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas, Foro Permanente de la Mujer Ecuatoriana, CNM. *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.
- . *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios 2010-2011*. Quito: 2011.
- Ecuador 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.

Frías, Lorena, y Gloria Maira (Corporación Humanas), coord. *Informe Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género 2001-2004*. 2005.

Mesa Cantonal para la Erradicación de la Violencia de Género. *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*. Cuenca: 2014.

Normativa

Ecuador. *Acuerdo Ministerial 1389 que expide las normas para la prestación de servicios y ejecución de proyectos para protección integral a niños, niñas y adolescentes y sus familias por parte del Ministerio de Inclusión Económica y Social*. Registro Oficial 550, de 17 de marzo de 2009.

Ecuador. *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, de 24 de junio de 2005.

Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 256, de 18 de agosto de 1989.

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

Ecuador. *Código Penal*. Registro Oficial 147, Suplemento, de 22 de enero de 1971.

Ecuador. *Constitución Política del Ecuador*. Registro Oficial 1, de 11 de agosto de 1998.

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

Ecuador. *Ley que regula las uniones de hecho*. Registro Oficial 399, de 29 de diciembre de 1982.

Ecuador. *Ley Reformatoria al Código Penal*. Registro Oficial 45, de 23 de junio de 2005.

Ecuador. *Ley 105 Reformatoria del Código Penal*. Registro Oficial 365, de 21 de julio de 1998.

Ecuador. *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*. Registro Oficial 20, de 17 de marzo de 2000.

Ecuador. *Reforma al Reglamento a la Ley de Elecciones*. Registro Oficial 384, de 23 de julio de 2004.

Ecuador. *Reglamento a la Ley de Elecciones*. Registro Oficial 39, Suplemento, de 20 de marzo de 2002.

Jurisprudencia

Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2012-diciembre de 2012*. Quito: 2012.

—. *Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Período enero 2013-diciembre de 2013*. Quito: 2013.

Ecuador Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 14*. Quito: enero-abril, 1999.

—. *Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 15*. Quito: mayo-agosto, 1999.

—. *Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 1*. Quito: septiembre-diciembre, 1999.

Ecuador Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional, 6*. Quito: enero-marzo, 2002.

—. *Gaceta Constitucional, 7*. Quito: abril-junio, 2002.

- Gaceta Constitucional, 8. Quito: julio-septiembre, 2002.
- Gaceta Constitucional, 9. Quito; octubre-diciembre, 2002.
- Gaceta Constitucional, 10. Quito: enero-marzo, 2003.
- Gaceta Constitucional, 11. Quito: abril-junio, 2003.
- Gaceta Constitucional, 12. Quito: julio-septiembre, 2003.
- Gaceta Constitucional, 14. Quito: enero-marzo, 2004.
- Gaceta Constitucional, 15. Quito: abril-junio, 2004.
- Gaceta Constitucional, 16. Quito: julio-septiembre, 2004.
- Gaceta Constitucional, 17. Quito: octubre-diciembre, 2004.
- Gaceta Constitucional, 18. Quito: enero-marzo, 2005.
- Gaceta Constitucional, 19. Quito: marzo-junio, 2006.
- Gaceta Constitucional, 21. Quito: octubre-noviembre-diciembre, 2006.
- Gaceta Constitucional, 22. Quito: enero-abril, 2007.
- Gaceta Constitucional, 23. Quito: junio-septiembre, 2007.
- Gaceta Constitucional, 24. Quito: octubre-diciembre, 2007.
- Gaceta Constitucional, 25. Quito: enero-marzo, 2008.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar –creada en 1985 por el Parlamento Andino– es una institución de la Comunidad Andina (CAN) y, como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú).

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad en Ecuador que recibe un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Historia, Letras y Estudios Culturales, y Salud, además del Programa Andino de Derechos Humanos, el Programa Académico de Cambio Climático, el Centro Andino de Estudios Internacionales, y las cátedras: Brasil-Comunidad Andina, Estudios Afro-Andinos, Pueblos Indígenas de América Latina, e Integración Germánico Salgado.



Derecho y Sociedad

TÍTULOS PUBLICADOS

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador ▪ Corporación de Estudios y Publicaciones

- 1 Jhoel Escudero Soliz
Crisis bancaria, impunidad y verdad
- 2 María Elena Jara Vásquez
Tutela arbitral efectiva en Ecuador
- 3 Pablo Alarcón Peña
Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano
- 4 Sebastián López Hidalgo
Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador
- 5 Catalina Mendoza Eskola
Identidades femeninas en el derecho ecuatoriano

ACCEDA A TODA LA INFORMACIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DE UN CLIC



Es un software legal completo de la Legislación Ecuatoriana, enriquecido con concordancias, titulación de artículos, etc., que ayudan a la mejor comprensión de la norma jurídica, así mismo, cuenta con novedosos y sencillos motores de búsqueda que le facilitan el poder acceder con agilidad y certeza a la información necesaria.

El Cepwep ofrece una disponibilidad oportuna de la información legal emitida diariamente en el Registro Oficial.

Es actualizado on-line, permitiendo al usuario verificar los cambios desde su ordenador en forma inmediata.

Accede a un demo de Cortesía
ingresando a:
www.bit.ly/registrocep



Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186
www.cep.org.ec ▪ ventas@cep.org.ec

Identidades femeninas en el derecho ecuatoriano estudia los procesos de construcción de la ciudadanía de las mujeres, a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1998 y de la Constitución de 2008. El análisis de género de las resoluciones de los máximos organismos de justicia explora los principios y garantías que las juezas y los jueces ponen en práctica al aplicar la Constitución y la ley.

La metodología se basa en la crítica que realiza el feminismo al derecho como discurso, destacando su carácter constructivo.

La idea central de este libro es que los efectos de la aplicación de la Constitución en la vida de las mujeres son el resultado de la interacción de lo que se expresa en las disposiciones constitucionales y legales, la manera como son llenadas de contenido por diversos actores —entre ellos, los operadores de justicia—, y por el modo como los sujetos —destinatarios— las reciben.

P.V.P.: USD 27,00

ISBN: 978-9942-10-466-3



9789942104663



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EQUATORIANA DE PROMOCIÓN Y FOMENTO EDITORIAL