

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

La discriminación a la mujer indígena en el derecho penal

Análisis del caso Enma S.

Yessica Gabriela Villacís Mora

Tutora: Adriana Victoria Rodríguez Caguana

Quito, 2022



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Yessica Gabriela Villacís Mora, autora de la tesis intitulada “La discriminación a la mujer indígena en el derecho penal: Análisis del caso Enma S.”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

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

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

28 de febrero 2022

Firma: _____

Resumen

La presente investigación analiza el caso Enma S. a fin de determinar cómo se construyó en el proceso penal donde se descubre discriminación hacia una mujer indígena, al imponer una pena injusta sin considerar su contexto de mujer víctima de agresión sexual. Es así que el primer capítulo de la investigación se encuentra dividido en cuatro subtemas que abordan una perspectiva social de la violencia ejercida en contra de las mujeres indígenas. Para ello se emplea un contexto histórico, un estudio de contexto y perspectiva de género, con el fin de demostrar la existencia de la discriminación a la mujer indígena en el derecho penal. En cambio, en el segundo capítulo se analiza el caso de Enma S. en siete subtemas que permiten conocer la vida de una mujer indígena de la serranía, descubriendo cómo fue víctima de violación por parte de su padrastro, y analizar la revictimización que sufrió por parte del sistema de justicia través del proceso penal.

Por consiguiente, la metodología de esta investigación integra una perspectiva desde el derecho penal, con un análisis desde su creación, pasando a la función que cumple en la sociedad y cómo el Estado lo utiliza como medio de control social. Además, aborda varias temáticas como el contexto histórico y actual, condición socio-económica, étnica, derecho penal y género, a fin de saber cuánto ha evolucionado nuestra sociedad en cuestión de violencia sexual en contra de las mujeres. Por otra parte, el estudio profundiza en aspectos fundamentales del proceso penal de Enma S. que permitan establecer la discriminación del derecho penal hacia ella ya que, en su caso, el poder punitivo estatal actuó con todo el rigor en su contra, sancionándola con el máximo de la pena privativa de libertad por el delito de asesinato, sin considerar su situación de víctima de violación.

En cuanto a las fuentes de investigación, se recurrió a material bibliográfico, doctrinario desde una perspectiva de género, jurisprudencial y normativo (nacional y comparado); tomando la sentencia correspondiente al caso para el análisis. Se usó un enfoque cualitativo para llevar a cabo un análisis de los datos recolectados a través de entrevistas a Enma S., con el fin de comprender su situación de víctima y conocer su historia de vida.

Palabras clave: Discriminación, mujer indígena, derecho penal, patriarcado, control social.

Abstract

The current investigation analyzes the Enma S. case in order to determine how it was built in the criminal process where it was discovered a discrimination towards an indigenous woman, imposing an unfair penalty without considering her context of woman victim of sexual aggression. Thus, the first chapter of the investigation is divided into four sub -themes that address a social perspective of violence against indigenous women. For this, a historical context is used, combined with a study of context and gender perspective, in order to demonstrate the existence of discrimination against indigenous women in criminal law. On the other hand, the second chapter analyzes the case of Enma S. in seven sub -themes that allow to know the life of an indigenous woman of the countryside, to uncover how she was a victim of rape by her stepfather, and scrutinize the revictimization she suffered by the justice system through criminal proceedings.

Therefore, the methodology of this investigation integrates a perspective from criminal law, with an analysis since its creation, and the function that it fulfills in society and how the State uses it as a means of social control. In addition, it addresses several issues such as the historical and current context, socio-economic, ethnic, criminal law and gender, in order to know how much our society has evolved in a matter of sexual violence against women. Moreover, the study deepens fundamental aspects of the Criminal Procedure of Enma S. to establish the discrimination of criminal law towards her, since the state punitive power acted with all the rigor against her, sanctioning her with the maximum of the deprivation of liberty for the crime of murder, without considering her situation of victim of rape.

As for the sources of research, it includes bibliographic doctrinal material from a gender perspective, jurisprudential and normative (national and comparative), and the sentence corresponding to the case for the analysis too. A qualitative approach was used to carry out an analysis of the data collected through interviews to Enma S., in order to understand her victim's situation and know her life story.

Keywords: Discrimination, indigenous women, criminal law, patriarchy, social control.

Dedico esta tesis a mi madre Ninfa Yolanda Mora Armijo, quien es un ejemplo de perseverancia y lucha, mi ángel, la razón de vida para seguir adelante, además está dedicada a todas aquellas mujeres que han sido víctimas de una realidad injusta, sin embargo, son guerreras que se han enfrentado al sistema patriarcal para legitimar nuestro verdadero rol en la sociedad.

Agradecimientos

Agradezco infinitamente a mi madre Ninfa Yolanda Mora Armijo la luz de mis días, mi apoyo incondicional, mi fuerza para seguir adelante pese a las adversidades.

El camino para llegar hasta este momento ha sido difícil pero no imposible, mi esfuerzo se ve reflejado en este trabajo investigativo, puedo sentir una inmensa satisfacción personal al culminar una meta más en mi vida.

Me siento inmensamente agradecida con Dios, con mi maestra y tutora Phd. Adriana Rodríguez Caguana quien con su amplio conocimiento, me apoyó y animó a constantemente.

Tabla de Contenido

Introducción	12
Capítulo primero Poder punitivo colonial y patriarcal	14
1. Hechos históricos y situación actual	14
2. Feminismo y sociedad	18
3. Derecho penal y la mujer	20
4. Libertad sexual de las mujeres	27
Capítulo segundo	30
Análisis del caso Enma S.....	30
1. Delito de violación y la relación de poder en el caso Enma S.....	30
2. Ser víctima en una sociedad patriarcal	36
3. Discriminación y justicia penal.....	42
4. Miedo y traumas posteriores a la comisión del delito	51
5. Condición socio económica y étnica de la mujer en sociedad.....	55
6. Despenalización del aborto.....	57
7. ¿Cómo entender el infanticidio producto de una violación?	62
Conclusiones y Recomendaciones.....	68
Bibliografía	70

Introducción

La presente investigación ofrece una perspectiva socio jurídica del caso Enma S. para determinar la discriminación a la mujer indígena en el derecho penal. Para ello, se lleva a cabo un análisis social de la violencia ejercida en contra de las mujeres indígenas desde un enfoque histórico, de género. Así, se busca visibilizar una problemática, no solamente oculta sino justificada en el derecho penal donde se puede observar una influencia del patriarcado, ya que las formas esquematizadas que articulan las leyes inciden en la construcción de estereotipos que han afectado a hombres y a mujeres.

Enma S. fue juzgada y sentenciada por el delito de asesinato a su hijo Sebastián S. El Tribunal Penal de Riobamba únicamente consideró los elementos constitutivos del tipo penal de asesinato y las circunstancias agravantes, donde se concluyó que se armó y planificó la muerte de Luis S. con voluntad y conciencia. Posteriormente, Enma recurre al recurso de apelación, mismo que fue rechazado por la Sala de la Corte Provincial de Chimborazo y se ratificó la condena. No obstante, en última instancia, Enma presenta el recurso de casación ante el Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, el cual disminuye la pena. Actualmente, Enma frisa los 28 años de edad y cumple su condena de 14 años 6 meses de prisión en el Centro de Privación de Libertad de la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo.

Como se puede apreciar en este caso, el Ecuador ha seguido un modelo de populismo punitivo, determinado por el endurecimiento del derecho penal, cometiendo actos arbitrarios y represivos. Ciertamente, el poder punitivo estatal incurrió con rigor, al sancionar con el máximo de la pena privativa de libertad una mujer indígena víctima de violación. Es por esto que el presente estudio tiene como metodología central el análisis de caso, para examinar tanto los contenidos de las normas como la jurisprudencia relevante desde un enfoque crítico criminológico. Esto incluye una construcción del caso desde la historia de vida de Enma a través de una serie de entrevistas a profundidad, así como una entrevista realizada a un perito especializado. La ventaja de este enfoque cualitativo de la investigación es que permite entender la subjetividad del daño individual y colectivo causado por el proceso penal.

Históricamente, el patriarcado ha surgido en diferentes sociedades que, por un lado determinaban el rol del hombre y de la mujer, y por otro promovían una convivencia inequitativa y desigual para las mujeres. Por tanto, si bien entonces era

percibido como correcto para la sociedad, hoy en día no se puede decir que era justo ya que se pueden señalar diversas restricciones que han tenido las mujeres, consecuencia de una desigualdad de género.

Esta desigualdad no solamente ha resultado en constantes vulneraciones de los derechos de las mujeres, sino también en diferentes tipos de violencia, psicológica, física y sexual que son el resultado de afirmaciones y estereotipos sexistas, machistas y misóginos, determinados por el patriarcado. Pese a la evolución de los derechos de las mujeres, esta situación continúa, especialmente en las mujeres indígenas. Por ello, al tratar sobre la violencia de este colectivo identitario, se puede visualizar diversas situaciones injustas. En Ecuador esto se percibe a través de las noticias sobre delitos contra las mujeres mestizas e indígenas, tales como femicidios, agresiones sexuales, físicas y psicológicas que ocurren en las diversas geografías del país.

Desde esta problemática social surge el debate de género, destinado a comprender el lugar de la mujer en una sociedad desigual. Gracias a los debates de género se ha producido una reconstrucción de las conductas y de las leyes, lo cual ha permitido establecer una nueva visión y reivindicación de los derechos de las mujeres, con el principal objetivo de eliminar todas las formas de discriminación y lograr una vida libre de violencia.

Capítulo primero

Poder punitivo colonial y patriarcal

Este capítulo tiene por objetivo realizar un análisis social de la violencia ejercida en contra de las mujeres indígenas desde un enfoque histórico en perspectiva de género. Esto permite un vistazo hacia hechos relevantes en cuanto a las figuras de poder, y cómo se ha desarrollado el feminismo en la sociedad. Por ello, se revisará cómo ha tratado el derecho penal a la mujer, y qué factores distinguen su trato de los hombres, para así determinar el poder del patriarcado oculto a través del derecho penal.

1. Hechos históricos y situación actual

Es necesario iniciar explicando hechos históricos que permitan entender la relación de poder del hombre hacia la mujer y cómo persiste aún en la actualidad, hasta el punto en que, en nuestro medio, la violencia ejercida hacia las mujeres no es considerada como un verdadero problema social con un trasfondo cultural, histórico y jurídico. Y precisamente, ahí radica el problema, ya que “al naturalizar esta violencia da lugar a continuas violaciones a los derechos de las mujeres”.¹

Al tratar sobre la violencia contra las mujeres se encuentra una compleja realidad. En acuerdo con datos del INEC Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos en Ecuador “65 de cada 100 mujeres en el Ecuador, han experimentado por lo menos un hecho de algún tipo de violencia en alguno de los distintos ámbitos a lo largo de su vida”.² Esto incluye otros tipo de violencia, como sexual, psicológica, patrimonial, física, todos los cuales producen innumerables traumas psicológicos que difícilmente son superables. Además, “32 de cada 100 mujeres en el Ecuador, han experimentado por lo menos un hecho de algún tipo de violencia en alguno de los distintos ámbitos en los últimos 12 meses”.³ En consecuencia, todo esto constituye un foco de vulneración en contra las mujeres, pues la violencia es un factor predominante en nuestra sociedad,

¹ Elena B. Martín Espinoza Cevallos, *Régimen Jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España* (Navarra: Editorial Aranzadi, 2015), 26.

² Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, “Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres-ENVIGMU”, noviembre de 2019, 17, https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/pdf.

³ *Ibíd.* 18.

el cual ha dado lugar a las relaciones de poder, y ha naturalizado la violencia hacia las mujeres.⁴

En este punto, es imperioso partir de un análisis de hechos históricos que nos permitan comprender la situación actual de la mujer indígena en la sociedad heredera del colonialismo y la colonialidad.⁵ Por ejemplo, Aníbal Quijano establece que la colonialidad es la imposición de una categorización racial-étnica de la población, la cual constituye el núcleo del poder a partir de la conquista de España hacia América. Al respecto, Quijano realiza una diferenciación entre colonialismo y colonialidad, donde el primer concepto se refiere a una *estructura de dominación-explotación*, es decir, la autoridad tiene el control tanto de los medios de producción como de sus recursos, lo cual no necesariamente mantiene una relación de poder.⁶ En cambio, la colonialidad se refiere a un fenómeno histórico más complejo, aún presente en la actualidad. Este se configura mediante un patrón de poder que ha naturalizado clasificaciones jerárquicas territoriales, raciales, culturales y epistémicas, cuyo resultado es una dominación de un grupo de seres humanos sobre otro.⁷

El poder patriarcal, por lo tanto, se relaciona con el dominio de un ser sobre otro, tal como se observa en la conquista española hacia los pueblos indígenas, la cual puede considerarse una manifestación de poder que, posteriormente, se convertiría en el fundamento para legitimar la supremacía de la *raza* blanca sobre los pueblos originarios y someter a los pueblos conquistados. En dicho contexto, el colonizado era considerado como el *otro*, el *extraño*, el *salvaje* o primitivo a quien se debía adiestrar mediante la violencia. De esta manera se legitimó la superioridad de los colonos sobre los colonizados,⁸ iniciando así las primeras prácticas marginales de la historia.

Es necesario indicar que durante este proceso se impusieron diferencias entre las personas, utilizando la violencia, subordinación y sometimiento para segregarlas, todos mecanismos que forman parte de las relaciones de poder en diversos ámbitos de la

⁴ Juan José Tamayo, *Religión, género y violencia* (Andalucía: Editorial Universidad Internacional de Andalucía, 2010), 23-26.

⁵ Gloria Camacho Z, *La Violencia de género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres* (Quito: El Telégrafo, 2014), 66-67.

⁶ Aníbal Quijano, *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, (Buenos Aires: Editorial CLACSO, 2014), 82-83.

⁷ Aníbal Quijano, *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, 84.

⁸ *Ibíd*, 97- 103.

convivencia. Sin duda, estos influenciaron en la asignación de roles hacia el hombre y la mujer, incluso en las comunidades indígenas.

Como antecedente de esta situación, Robert Archer en su antología de textos medievales indica que se consideraba a la mujer como un ser incapaz, parlante, errante, sometida a servir al hombre que estaba dotado de más inteligencia que ella.⁹ Es por esta razón que la conducta adoptada por los hombres hacia las mujeres proviene, históricamente, de ideas infundadas, erigidas por imaginarios del sexo masculino que se justificaron en circunstancias determinadas por ellos mismos, desde una situación de poder para decidir lo aceptable y reprochable en la sociedad.

Así, se observa cómo, a través del tiempo, no ha cambiado la concepción de la mujer como un género accesorio del hombre, o dicho de otra forma un “hombre imperfecto”.¹⁰ Esta asignación del ser *mujer* tuvo una connotación diferente en las mujeres indígenas, quienes eran consideradas inferiores por pertenecer a los *vencidos*, por lo cual se potencia la violencia patriarcal que les afecta. Al respecto, Lorena Cabnal considera que:

El genocidio, para los colonizadores, fue una estrategia militar potente para dominar a los pueblos de indios por medio de la violencia territorial y, con ello, imponer el despojo, el saqueo, el sometimiento y la esclavitud.

El patriarcado colonial, como sistema de opresión inaugurado sobre los cuerpos y la tierra de Abya Yala, fue la cuna perfecta para que nacieran otras formas de violencia opresora. Bajo el mismo esquema, el racismo y el capitalismo se valieron más adelante de la política continental de construcción de Estados-naciones coloniales —españoles, franceses o portugueses.

Empujaron así el auge del imperialismo, luego del liberalismo y de la herencia devastadora de ambos que en estos tiempos nos está tocando vivir: el neoliberalismo y la globalización.¹¹

A partir de esta cita se puede deducir que el patriarcado sirvió como esquema para sustentar otras manifestaciones de poder configuradas desde la colonización, como el racismo, las cuales toman más fuerza en el caso de las mujeres indígenas. Esto se debe a que sus cuerpos eran el símbolo de propiedad de los colonos, motivo por el cual nacieron varios tipos de violencia que, intencionalmente, transgreden sus derechos.¹²

⁹ Robert Archer, *Misoginia y defensa de las mujeres: antología de textos medievales* (Madrid: Ediciones Cátedra, 2001), 26.

¹⁰ Robert Archer, *Misoginia y defensa de las mujeres: antología de textos medievales*, 28.

¹¹ Xochit Leyva et al., *En tiempos de muerte: cuerpos, rebeldías, resistencias*, (San Cristóbal de Las Casas: Cooperativa Editorial Retos, 2019), 113.

¹² *Ibíd.*

En el caso de mujeres indígenas esta violencia sexual surge en contextos de pobreza extrema, analfabetismo, estigma social y abandono. En un relato, Loren Cabnal, deja conocer su historia:

Yo viví la violencia sexual por parte de un hombre indígena, mi propio padre. Esta incoherencia de vivir con el agresor, que a su vez era hombre indígena y dirigente religioso, me hizo pasar muchos años de mi vida sumida en el silencio, la culpa y la vergüenza. Las construcciones fundamentalistas religiosas y esencialistas sobre mi cuerpo violentado lo devastaron durante mucho tiempo. Mientras se me disciplinaba, por un lado, para ser “buena mujer” y “llegar al matrimonio”, porque ello era honrar a Dios y a mi familia, por otro, entraba en contradicción con ese postulado pues yo “ya no era virgen” a causa de la violencia sexual y tenía un miedo profundo. ¿Qué iba a decirle al hombre con el que me fuera a casar acerca de por qué ya no era virgen? Me sentía sucia y culpable. Caí en depresiones profundas y en varios intentos de suicidio. Los años de mi adolescencia y juventud fueron muy duros y pasaron entre el empobrecimiento y la lucha para poder acceder a la educación. En la ciudad que vivía tenía que trabajar durante el día y estudiar en la noche. Me expuse así a la misma problemática, pero también de ahí surgió la incomodidad, la rebeldía, la indignación. Sentir que mi vida estaba atravesada por muchos actos de injusticia me llevó a buscar diversas maneras para reivindicarme. Me escapé de casa, me rebelé, sentí la necesidad de sanarme. Era tímida y callada, pero el cosmos fue convocando a mujeres, oportunidades y deseos que me ayudaron a salir adelante. Fue así como me metí a estudiar. Una de mis necesidades urgentes era hablar a niñas y niños, a hombres y mujeres jóvenes acerca de la violencia sexual. Quería que supieran, quería que no llegaran a ser víctimas de lo que yo ya había vivido. Conformé en 2003 el Colectivo de Protagonismo Infante Juvenil (Copij-Izotes) con apoyo de la Coordinadora Nacional contra el Maltrato y el Abuso Sexual Infantil (Conacmi). Eso fue en Aldea Los Izotes, perteneciente a la comunidad indígena de la montaña de Santa María Xalapán, Guatemala. Fue parte del seguimiento de mi ejercicio profesional supervisado en psicología social por la Universidad de San Carlos.¹³

Como se puede apreciar en el anterior relato, existe similitud en los delitos de violencia sexual cometidos en contra de mujeres indígenas, como el caso de Lorena Cabnal y Enma S. Ambas mujeres fueron oprimidas no solamente por el patriarcado ancestral originario, sino además por el patriarcado colonial. En consecuencia, fueron sometidas a tratos crueles en medio de la clandestinidad y desigualdad social, obligadas a callar su dolor, bajo un velo de miedo y vergüenza. Aquí es necesario apuntar que en Ecuador, así como en otros países, existe un alto índice de violencia de género. Esto se debe a que, el patriarcado (tanto el colonial, como el ancestral) se encuentra arraigado en las sociedades racistas, teniendo como consecuencia, maltratos físicos, psicológicos, violaciones, que permiten que exista un estado de impunidad.

¹³ *Ibíd.*, 115-116.

2. Feminismo y sociedad

El feminismo occidental contemporáneo logró definir, caracterizar y denunciar los roles sociales entre hombres y mujeres en torno a la desigualdad de las relaciones de poder. Al abordar la categoría feminismo, cabe indicar que únicamente se lo consideraba como un movimiento histórico que permitió el reconocimiento de varios derechos, entre ellos, el derecho al voto, a la participación institucional, así como el ingreso de las mujeres al campo laboral y a la educación superior, entre otros espacios donde generalmente eran excluidas. Por supuesto, estas nuevas oportunidades no fueron de la noche a la mañana, y a causa del fuerte arraigamiento del patriarcado en la sociedad, incluso hoy en día puede encontrarse personas que se manifiesten en contra de las mismas.

Ciertamente, el feminismo occidental, a través del concepto generalizado de igualdad de derechos entre mujeres y hombres, dejó a un lado otros contextos sociales en donde también existía dominación, por lo cual “pareciera como si el feminismo contemporáneo se agotara solo en estas raíces liberales, que son legítimas, pero no universales ni únicas”.¹⁴ Es más, se puede mencionar que este feminismo no ha tomado en cuenta la raza o la clase, sesgando estas características que también eran parte de la “lucha en contra la discriminación histórica hacia las mujeres en su heterogeneidad”.¹⁵

En tal sentido, surge la necesidad de una reconstrucción de este concepto de feminismo occidental, que permita un enfoque holístico e incluya formas contestatarias del feminismo. Inclusive, que no solo acepte el alcance de derechos sino que cuestione teórica-metodológica y operativamente el capitalismo neoliberal reinante como espacio estructural de relaciones de poder entre seres humanos. Si bien esto puede resultar un nuevo planteamiento, es necesario señalar que en la década de los ochenta del siglo pasado, la activista afroamericana Kimberlé Williams Crenshaw emprendió una lucha para enfrentar las desigualdades socio-culturales de las mujeres.

Por otra parte, en un ámbito más cercano, en el caso de las mujeres indígenas, su lucha surge desde la invasión y saqueo por parte de España a Latinoamérica donde, en un primer momento fueron vejadas, violadas, y esclavizadas por el godo invasor, para

¹⁴ Adriana Rodríguez, Blanca S. Fernández y Paola Vargas, *Las guardianas de la lengua: mujeres indígenas y educación intercultural bilingüe en Ecuador*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), 142.

¹⁵ Adriana Rodríguez, Blanca S. Fernández y Paola Vargas, *Las guardianas de la lengua: mujeres indígenas y educación intercultural bilingüe en Ecuador*, 143.

luego asumir el rol de sostenedora de la cultura, reproductora de las formas de identidad como eje de resistencia del genocidio cometido con el pueblo indígena. No obstante, desde la mirada neocolonial, el mundo indígena es machista por ser indígena, al omitir los factores de sujeción y opresión española, criolla, mestiza y social de la cual la población indígena fue y sigue siendo víctima, y que continúa afectando la reproducción de relaciones de inequidades en el seno privado.

En este contexto, las violaciones de los derechos a las mujeres indígenas deben ser analizadas desde un enfoque de interseccionalidad que permita entender diversas discriminaciones, tomando en cuenta otros factores de opresión como etnia y clase.¹⁶ Por ejemplo, la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Fernández Ortega y otros vs México*, establece estándares internacionales de derechos humanos; sin embargo, el análisis no aborda las violaciones de los derechos de las mujeres indígenas desde un enfoque de interseccionalidad, sino exclusivamente desde una perspectiva de género liberal. Sobre este punto, la CIDH considera:

Que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos. Con base en lo anterior, la Corte concluye que la violación sexual en el presente caso implicó una violación a la integridad personal de la señora Fernández Ortega, constituyendo un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.¹⁷

En esta cita se puede observar que la CIDH consideró al delito de violación como tortura porque se entiende que su perpetración causa daños físicos y emocionales graves, convirtiéndolo en una experiencia traumática y humillante para las víctimas, “este delito se asemeja a la tortura por el sufrimiento físico, psíquico y moral agudo”.¹⁸ No obstante, este análisis no abarca una profundización desde un enfoque sociocultural, étnico e histórico, el cual contribuiría para comprender cómo estos hechos sucedieron en un contexto de relaciones de poder donde las mujeres indígenas estaban sometidas al

¹⁶ Adriana Rodríguez Caguana, “Análisis de la sentencia: *Fernández Ortega vs. México*: género, clase y etnicidad”, (2018): 178, ISSN 1390-2466 • UASB-E / CEN.

¹⁷ Corte IDH, “Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Fernández Ortega vs. México*, 30 de agosto de 2010, párr. 110, <https://www.cndh.org.mx/documento/caso-fernandez-ortega-y-otros-vs-mexico>.

¹⁸ Adriana Rodríguez Caguana, “Análisis de la sentencia: *Fernández Ortega vs. México*: género, clase y etnicidad”, 179.

hombre blanco, una práctica racista practicada desde tiempos de la conquista española hasta la actualidad. La CIDH también consideró que:

Probado que la señora Fernández Ortega no contó con un intérprete provisto por el Estado a fin de presentar su denuncia y tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia. Para poder poner en conocimiento de las autoridades el delito que la había afectado y acceder a información debió recurrir a una persona conocida que hablaba español. Por otra parte, en ocasiones posteriores que convocó a la víctima, el Estado dispuso la presencia de un intérprete y además informó que se encontraba implementando un programa de formación de intérpretes indígenas en Guerrero. La Corte valora positivamente ambas medidas adoptadas por México. Sin embargo, la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Fernández Ortega, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento.¹⁹

En otras palabras, estos estándares dados por la Corte IDH demuestran que la violación sexual a mujeres indígenas ocurre en un contexto de desigualdad social, racismo, analfabetismo, falta de acceso a redes de salud y discriminación del sistema de justicia. Por otra parte, los tratados internacionales reconocidos por el Ecuador marcan un precedente que contribuye al avance de la lucha de los derechos de las mujeres. Es por este motivo que propende la existencia de un Estado garantista y protector de derechos, en busca de igualdad, así como la limitación de las formas de violencia por cuestiones de género; un Estado además preocupado por la creación de políticas públicas que brinden un adecuado tratamiento a todos los involucrados en este tipo de violencia.

3. Derecho penal y la mujer

A través del derecho penal el Estado configura el control social legitimado por las propias instituciones ciudadanas. En concreto, el poder punitivo (fundamentado en lo constitutivo jurídico) establece su operatividad en la imposición de la sanción-castigo sobre comportamientos/conductas consideradas como antijurídicas, por lo que el derecho penal es, intrínsecamente, un mecanismo riguroso y represivo bajo la

¹⁹ Corte IDH, “Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Fernández Ortega vs. México*, 30 de agosto de 2010, párr. 120, <https://www.cndh.org.mx/documento/caso-fernandez-ortega-y-otros-vs-mexico>.

justificación de mantener un orden socialmente refrendado. La construcción de estas políticas y normas tienen fundamentos filosóficos y jurídicos en permanente discusión y reflexión, como parte del desarrollo económico y social de una nación, por lo cual el corpus jurídico rige para cada miembro de la sociedad.

Por su parte, el Estado requiere una aceptación de una pérdida residual de la individualidad de cada ser en aras de un tejido social (cuerpos legales) que sean asumidos y sostenidos por las grandes mayorías. Es decir, el Estado promueve que la ciudadanía reproduzca acciones socialmente aceptables, con la finalidad de establecer una convivencia pacífica entre sus miembros. Asimismo, a través del derecho penal, el Estado ha recurrido al encierro como un mecanismo de represión y coacción. Se conoce a esta acción como *poder punitivo estatal*, y está regulado por normatividades legales.

Sobre este tema, cabe recalcar que la cárcel legitima su permanencia estructural hasta la actualidad, puesto que fue concebida como alternativa para castigar las conductas consideradas antijurídicas;²⁰ práctica que se originó a finales del siglo XVII, mientras que en el transcurso del siglo XIX se conceptualizó el poder de castigar. Es más, el encierro se establece como una función general de la sociedad para que sea ejecutada sobre quienes la conforman. Así, nace la prisión como pena de las sociedades civilizadas, revestida aparentemente de humanidad en relación con los castigos infrahumanos que se cometieron en siglos anteriores.²¹ Entonces, se puede inferir que la prisión es un mecanismo disuasivo utilizado por el Estado, ejecutado para conminar a los ciudadanos al cumplimiento de la ley, so pena de una sanción, que significa la pérdida de libertad de la persona; de esta manera, la prisión transforma a las personas, a la vez que resulta una amplia bodega donde se almacenan seres humanos.

La importancia de que el derecho penal tenga una mayor consideración con la mujer radica en que no es un favor que este le hace sino que es una deuda pendiente, ya que el mismo proviene, tradicionalmente, de un poder ejercido por los hombres. Limitar el acceso a un juicio justo, una sentencia justa, significa que el recurso al derecho penal es una especie de lujo donde ocurre “una aplicación selectiva de las penas que acostumbra recaer sobre los sectores más vulnerables de la población”.²² De esta

²⁰ Francisco Muñoz Conde, *Control Social y Derecho Penal*, (Madrid: Editorial Temis, 2002), 21-26.

²¹ Michael Foucault, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002), 146.

²² Elena Larrauri. “La mujer ante el derecho penal”, 1992, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/05/doctrina89157.pdf>.

forma, la autora agrega que así se mantiene una alianza extraña con el Estado que, por un lado protege con reformas legales, y por otro mantiene las estructuras intactas que permitieron el delito, “una confusión de modelos y objetivos distintos, que oscilan entre la reconstrucción de la familia o el fortalecimiento de la autonomía de la mujer”.

Por todo lo anteriormente mencionado, se puede establecer que la violencia estatal se convierte en el núcleo fáctico del poder punitivo, donde se observa una desproporcionalidad en la aplicación de las penas, así como una constante persecución a los grupos marginados de la sociedad mediante el uso arbitrario del poder estatal.²³ Ciertamente, las dinámicas represivas del poder estatal son una respuesta recurrente para mostrar a los conglomerados humanos la función correctiva que (de forma exclusiva) asume un Estado. El jurista Francisco Muñoz Conde lo ejemplifica de la siguiente manera:

De la misma manera que el padre castiga al niño pequeño cuando se comporta mal, a fin de, mediante la privación del cariño, forzarle a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la sociedad, tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan a la convivencia social, para conferir en fina tales prohibiciones - con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas- un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitor.²⁴

Esto concuerda con el pensamiento de Foucault, cuando menciona que el Estado establece la pena –privación de la libertad– para disuadir el comportamiento o actuaciones no deseables.²⁵ En particular, la normativa penal gestiona la función motivadora a través de la amenaza de imposición de la sanción, asumiendo que resulta más efectiva que cualquier otro medio de coerción. La pena tiene categorías condicionantes; lo económico, político, religioso determinan saberes y definen lo que las personas consideran válido/verdadero.²⁶ Este concepto de verdad resulta trascendente, pues se la construye a través del poder, y dicha verdad delimita y precisa lo correcto y lo incorrecto, por lo que la dinámica de lo verdadero está en una praxis de categorías que cambian a partir de las fuerzas decisoras de una sociedad.

²³ *Ibíd.* 147.

²⁴ Francisco Muñoz Conde, *Control Social y Derecho Penal*, 39-40.

²⁵ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*, 148.

²⁶ Ramiro Fernando Ávila Santamaría, *El género en el derecho: ensayos críticos* (Quito: V&M Graficas, 2009) 20.

En este tema, no se puede omitir que las prácticas socio económicas de una sociedad determinan la flexibilidad (o inflexibilidad) de las estructuras legales como, por ejemplo, derechos vitales, tal como sucedió en 1978 con el retorno a la democracia. Hasta entonces, si una mujer era encontrada en el lecho del matrimonio en acto de infidelidad el esposo podía acudir a la *figura derecho de honra* para atentar contra la vida de su cónyuge, mas no así en caso de asesinar al acompañante. Al momento de eliminar dicha ley, los especialistas de esa época lo asumieron más como una respuesta al mayor ingreso de las mujeres como mano de obra barata al aparato industrial que una lectura de avance de derechos. En esa forma de pensar se refleja que el Estado, con la decisiva participación de las élites económicas, sociales y culturales, articulaba las normas generales que construyen los roles que los ciudadanos deben cumplir. Un poder que, en su eje más determinante, no es visible a primeras lecturas. Por ello, Michel Foucault reflexionaba sobre la función del esquema castigo:

La prisión preexiste a su utilización sistemática en las leyes penales. Se ha constituido en el exterior del aparato judicial, cuando se elaboraron, a través de todo el cuerpo social, los procedimientos para repartir a los individuos, fijarlos y distribuirlos espacialmente, clasificarlos, obtener de ellos el máximo de tiempo y el máximo de fuerzas, educar su cuerpo, codificar su comportamiento continuo, mantenerlos en una visibilidad sin lagunas, formar en torno de ellos todo un aparato de observación, de registro y de notaciones, constituir sobre ellos un saber que se acumula y se centraliza.(...) La prisión, pieza esencial en el arsenal punitivo, marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la humanidad.²⁷

Por lo anterior, se deduce que para el referente mayor del posestructuralismo, el concepto ideal de prisión no es producto de las leyes, sino que lo jurídico toma lo referencial punitivo de *la prisión* para hacer operativo el castigo a las personas que infrinjan las leyes, las cuales han sido estipuladas por ese Estado como normas a seguir. Es por ello que el concepto panóptico de mirada pertinente que tienen las prisiones es tomado de las dimensiones educativas, religiosas, familiares, donde hay un poder central (padre, madre, docente, líder religioso) que mira, castiga o premia.

Además, el Estado asume la titularidad del orden social, por lo que procura *garantizar la seguridad* de los habitantes frente a conductas antijurídicas cometidas por individuos que no se someten a la normatividad. Sin duda, la estructura de lo jurídico es amplia; mientras el esquema jurídico, al abarcar cada dimensión de la vida social, es aún más extenso, por lo que no pocas veces un habitante puede, con sus acciones, irrumpir

²⁷ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*, 144.

normas sin saber de su infracción. En este punto, cabe referir a David Garland y su análisis de la discursividad penal:

Las formas cambiantes de mentalidad y sensibilidad han conformado las políticas y discursos penales. (...) los patrones culturales de la sociedad se insertan en sus instituciones penales, de manera que el castigo se vuelve una encarnación práctica de algunos de los temas simbólicos, constelaciones de significados y formas específicas de sentir que constituyen a la cultura en general. (...) los orígenes de las modificaciones penales y los determinantes del modelo penal se encuentran no sólo en el razonamiento penitenciarista, en el interés económico, o en las estrategias de poder, sino también en las configuraciones del valor, el significado y la emoción que denominamos “cultura” como un “determinante” del castigo.²⁸

Este autor agrega que, junto a los vectores económicos, políticos e históricos, las dimensiones culturales son importantes en la forma en que un Estado articula lo punitivo y el castigo para quien delinque. Es decir, las circunstancias culturales no solo determinan la normativa de la convivencia social, sino que también regula las formas de castigo. Consecuentemente, no puede ser globalizadora, porque justamente lo cultural simbólico (más en ámbitos de comportamientos) está relacionado a una identidad social que difiere de una sociedad a otra. Es más, el Estado utiliza el castigo –la cárcel– como mecanismo de control social, pretendiendo disciplinar el comportamiento humano en sociedad, ocupando un rol represivo en contra de la persona que se desvía-irrespeta el contrato social, ya que el único fin es castigar y no rehabilitar.²⁹ Esta reflexión de Muñoz Conde devela la imposibilidad de la función rehabilitadora en el sistema penal por la concentración en el castigo.

En el caso de Enma S. y la negativa de los jueces a creerle y considerarla una víctima, se refleja un comportamiento racista, que aún conserva características coloniales pues, al considerarla inferior, jamás se plantearon un proceso justo. Esto concuerda con lo que postula Karla Encalada, “las prácticas de los administradores de justicia no se pueden pensar sin tomar en cuenta esta “formación racial” que contextualiza su comportamiento (...)”.³⁰

Como se puede observar en los diversos puntos anteriores, el derecho tiene una visión androcéntrica, pues ha dado el mismo trato misógino que los hombres dan a las

²⁸ David Garland, “*Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*”, (México: Siglo XXI Editores, 2006), 290.

²⁹ Francisco Muñoz Conde, *Control Social y Derecho Penal*, 42.

³⁰ Karla Encalada. “Racismo en la justicia ordinaria”, en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, ed. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012, 190, http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf

mujeres en la cotidianidad. Además, se ha convertido en cómplice de innumerables violaciones a los derechos de las mujeres, pues no ha existido neutralidad ya que fue conformado bajo una perspectiva masculina. Esto resulta evidente tanto en el diseño de leyes, discursos, políticas, y demás que han influenciado directamente en la forma de pensar de las personas que conforman la sociedad.³¹ Aquí cabe recordar la sentencia que construye Muñoz Conde, la cual parte de una perspectiva de centralidad jurídica, que no está exenta de una crítica holística que ubique a los pilares económicos como la base funcional desde donde se articulan los cambios jurídicos. Claramente, el materialismo dialéctico construyó reflexiones sobre las relaciones de sometimiento que sufre la mujer.

Asumiendo que el matrimonio-familia-sociedad-religión replica las relaciones de sujeción y plusvalía que el burgués tiene sobre su obrero, la criminología feminista se presentaba como un eje que tributaba esas desigualdades. Las mujeres eran vistas como delincuentes que se desvían de su rol predeterminado por el género dominante -el hombre- lo que causaba que la persecución sea en contra de aquellas que no sean sumisas y domésticas, siendo consideradas y tratadas como seres inferiores en relación con el hombre. En este sentido, la criminalización del trabajo sexual es una representación del castigo sobre el cuerpo, el comportamiento y uso de este por parte de la legalidad jurídica. Esta concepción del trabajo sexual, además de ser una representación de vigilancia y control, significaba la estrechez del análisis de lo estructural jurídico para interpretar las paupérrimas condiciones económicas de quienes optaban por el trabajo sexual por su vulnerabilidad estructural.

Ante estas circunstancias, la criminología feminista analiza que algunas formas tradicionales de la masculinidad hegemónicas están muy cerca de ser consideradas criminógenas porque determinan un ejercicio de poder simbólico, real, patrimonial y psicológico. Esto no elimina que, en función del apropiamiento de los discursos de poder, también existan casos del uso normativo jurídico para el acometimiento de injusticias en ambos géneros. Debido a esto, varias teorías de criminología discuten si la baja tasa delincencial de las mujeres, en relación con los hombres, se debe a una naturalización *per se* (es decir, en esencia la mujer delinque menos), frente a otras teorías de criminología que indican que la baja tasa delincencial se debe a la poca participación impuesta en las distintas esferas sociales, económicas y culturales de un

³¹ *Ibíd.* 30-33.

país. Por otro lado, tanto Bonger como Marx afirman que el acto delictivo se le imputa a aquellas personas desmoralizadas a consecuencia del capitalismo, por lo cual realizan el examen de los efectos de la subordinación de las mujeres:

El gran poder que un hombre detenta sobre su esposa, como resultado de su predominio económico, puede ser también una causa de desmoralización. No hay duda de que siempre habrá abuso del poder por parte de varios de aquellos a quienes las circunstancias sociales han investido de autoridad. ¡Cuántas mujeres hay que tienen que soportar la dureza y los malos tratos de sus maridos, pero que no dudarían en abandonarlos si no se lo impidieran su dependencia económica y la ley! Holmes, el autor de "Pictures and problems from London police courts", que durante años pudo ver a todos los infortunados llevados ante esos tribunales, dice sobre el particular: "Una buena cantidad de ingleses parecen pensar que tienen el derecho de zurrar o golpear a sus mujeres, así como el norteamericano puede darle una tunda a su negro."³²

Este fragmento toma algunos íconos ya abordados por Engels en su texto *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, pero Taylor hace una analogía del poder de género y el poder étnico, transversalizado (ambos) por el dominio económico de una de las partes sobre la otra; en otras palabras, a mayor poder económico, mayores condescendencias. Al hacer una revisión histórica, resulta claro que el derecho ha reproducido prácticas misóginas en contra de las mujeres, sometiéndolas (simbólica y jurídicamente) a estereotipos direccionados al rol respecto al sexo. Por ejemplo, el origen de la potestad marital apareció como una forma patriarcal de dominación y sumisión hacia la mujer, por lo cual no es sorpresa que el matrimonio y la familia, durante mucho tiempo, han sido instituciones en donde mandaban los hombres. Tanto era el dominio de los hombres que tenían poder absoluto sobre los derechos de las mujeres y, al justificarse la subordinación de la mujer al marido, se consentía la violación de derechos de la mujer.

Con todo, a pesar de los significativos avances jurídicos para la progresión de derechos, el derecho penal sigue siendo patriarcal porque continúa basándose en estereotipos y estigmas que norman la vida cotidiana de la mujer. De igual forma, lo jurídico no ha logrado disminuir (al menos considerablemente) la violencia contra ellas que ejercen sus parejas, amigos, familiares, o desconocidos. Por el contrario, las mujeres temen denunciar por miedo a las críticas, al rechazo, vergüenza, o las represalias que puedan sufrir por parte de sus victimarios a consecuencia de la falta de aplicación de la justicia en torno a la investigación y sustentación del proceso penal.

³² Ian Taylor, *El delito y el control social en Marx, Engels y Bonger*, en *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada* (Buenos Aires: Amorrortu, 1997), 56.

Ciertamente, el Estado ecuatoriano tiene un amplio espectro sobre la violencia de género, que no siempre fue así, aunque por momentos parece únicamente estar en el papel. Esto representa un avance en el aspecto normativo, por lo que aún queda un largo camino por recorrer para que las mujeres gocen de una vida libre de violencia. Como expresan Puchaicela y Torres, “es posible inferir la necesidad de trabajar los temas sobre género, en la formación de abogados con miras a un alcance futuro, de esta perspectiva como un argumento central, no solo en lo normativo, sino, además, en lo práctico y operativo”.³³

En este sentido, cabe mencionar la importancia de la perspectiva de género en el derecho, ya que es trascendental para entender que la vida de mujeres y hombres puede y debe modificarse para que exista igualdad. De esta manera, se podría plantear el juzgar con perspectiva de género, de modo que no exista discriminación por motivo de sexo o género. Como explica Bonet, una mirada verdaderamente no patriarcal en el derecho penal “significaría trascender los principios ilustrados sobre los que se empezaron a garantizar los derechos de las personas frente al Estado castigador”.³⁴ Para ello, la perspectiva de género como debería procurar, entre otros puntos, lograr la igualdad de género, eliminar los obstáculos que discriminan a las personas por su género o sexo, y modificar la normativa que discrimina a las mujeres.

4. Libertad sexual de las mujeres

Uno de los aspectos fundamentales en la vida de las mujeres es su libertad sexual, pues el goce de su sexualidad de forma abierta es una expresión de libertad. No obstante, hoy en día sigue siendo un territorio de disputa, pues la sociedad patriarcal sigue controlándola a través de códigos simbólico-morales para limitarla. Cabe recordar que en los años sesenta, en Occidente surgió la denominada revolución sexual que avivó, en diferentes colectividades, sentimientos de inconformidad y crítica al sistema preestablecido. Es por esto que hasta hoy la sexualidad de las mujeres sigue siendo tema oculto en el orden patriarcal pues, como menciona Álvarez, este concibe a las mujeres al

³³ Puchaicela Huaca, Carmen Georgina, y Ximena María Torres Sánchez. 2019. «Evolución Normativa Del Derecho De La Mujer a Una Vida Libre De Violencia En Ecuador». *Revista Boletín Redipe* 8 (8):127-43. <https://doi.org/10.36260/rbr.v8i8.806>.

³⁴ Margarita Bonet Esteva. “Derecho penal y mujer ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?,” en *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, coord. Daniela Heim, Encarna Bodelón, vol. 1, 2010, p. 27.

servicio de los hombres,³⁵ es decir, ese control continúa y se materializa partir de nuevos métodos y formas.

Ante esta situación, el feminismo radical vislumbra esta dimensión discriminatoria de dominio sobre el cuerpo y del goce sexual, señalando que es una de las maneras que el patriarcado vulnera la libertad sexual de la mujer. Además, esta dimensión patriarcal se sustenta en una familia patriarcal que es el escenario primigenio donde surgen relaciones de poder y desigualdad entre hombres y mujeres. Por ello, esta institución es la representación simbólica para la reproducción de las sociedades patriarcales. En respuesta, el feminismo radical visualiza y critica el enfoque biologicista que establece el poder hegemónico sobre la mujer y su función-deber reproductivo. Bajo este enfoque, Rosa Cobo Bedia concluye que:

Las mujeres, por tanto, fueron heterodesignadas como seres sexuales en el sentido de seres dotados para la procreación. Sin embargo, la asignación social de la reproducción como tarea femenina se ha expresado en un contexto simbólico binario en el que las mujeres fueron definidas como naturaleza y los varones como cultura; las mujeres como inmanencia y los varones como trascendencia; las mujeres como sexualidad y sentimiento y los varones como razón.³⁶

A partir de esta cita, se infiere que el determinismo biológico es producto de la estructura económica-social, operativizado en diversos ámbitos, laboral, sexual, biológico, privado, público, cultural, político y religioso. No obstante, las prácticas de poder tienen una raíz económica-histórica antes que biológica, con escenarios de disputa diversos, sistémicos, holísticos y complejos, pues se refieren a la esfera pública y privada de cada ser social. Así, en cada época, el poder de los hombres hacia las mujeres fue siempre superior, motivo por el cual tenían capacidad de juzgar y decidir sobre los cuerpos sus cuerpos. Esto se reforzaba en mayor o menor medida según cada cultura, pues cada grupo dominante conceptualizaba los estereotipos de cada género, qué es ser hombre y qué es ser mujer, lo cual, para Legarde, demuestra la existencia un ejercicio de dominio de hombres a mujeres.³⁷

Por estas circunstancias, la lucha de las mujeres por gozar una sexualidad libre consiste pero no se limita a decidir cuándo tener hijos, adoptar métodos anticonceptivos, es decir, tener el derecho y la capacidad de poder decidir respecto a interrumpir su

³⁵ Judith Salgado Álvarez, *Manual de formación en género y derechos humanos*, 1a ed. (Quito: Corporación Editorial Nacional, 2013), 41.

³⁶ Rosa Cobo Bedia, "El cuerpo de las mujeres y la sobrecarga de sexualidad", *Investigaciones Feministas*, n.º6 (2015): 2-3, doi: https://doi.org/10.5209/rev_INFE.2015.v6.51376

³⁷ Marcela Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005), 330.

embarazo, asunto que hasta la actualidad resulta un tema casi tabú que, en Ecuador, además conlleva la imposición de una pena privativa de libertad. Esto es una muestra de leyes misóginas, moralistas, con un tinte religioso, todas las cuales convierten la libertad sexual en algo inexistente, quedando en entredicho y cuestionable.³⁸

En relación al derecho, Facio y Fries asumen que los derechos reproductivos de las mujeres son el escenario de confrontación entre los poderes dominantes y los movimientos que buscan la emancipación y justo ejercicio de los derechos de las mujeres. En este sentido, el aborto, como principio de decisión y autonomía sobre el cuerpo es un tema inherente para observar, en la práctica, el avance (o no) de derechos de las mujeres sobre sí, y su rol en la sociedad.

Como queda visto, el poder colonial, el poder patriarcal, son poderes económicos que han regido por tanto tiempo que resultan aparentemente naturales, cuando en realidad se sustentan en la división de grupos sociales y la opresión y limitación a la mujer. Por ello, al tratar de evitar la discusión del sistema social como eje reproducir de inequidades sociales, el alcance de la justicia se vuelve cada vez más complejo y ajeno.

Por otra parte, el poder religioso y su praxis de marcar el accionar moral de los seres humanos, sigue siendo un factor decisivo a la hora de consolidar los derechos de las mujeres, y el pleno goce de estos. Como todo espacio de reproducción de vida social, el discurso religioso tiene pleno derecho a existir, sin embargo, lo que se cuestiona y critica es el uso de su poder simbólico-real no solamente para impedir el alcance de más derechos, sino incluso para la regresión de los derechos alcanzados. En consecuencia, el pleno derecho sexual de las mujeres es una tarea pendiente de la sociedad porque, a pesar de que se pueda asumir como un derecho de alcance totalmente propio e individual, tiene una transversalidad que se encuentra en muchas aristas culturales, sociales y económicas que impiden su pleno alcance.

En breve, en este capítulo hemos analizado el poder en la sociedad, desde la historia donde se puede notar la colonización como parte esencial de la que surgen las primeras manifestaciones de poder. Consecuentemente, se configura el patriarcado, que toma fuerza sobre los cuerpos de las mujeres indígenas al considerarlos propiedad de los colonos. De esta manera, nacen varios tipos de violencia que de forma intencional transgreden sus derechos de las mujeres y trascienden hasta la actualidad.

³⁸ Alda Facio y Lorena Fries, *Género y derecho* (Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999), 55.

Capítulo segundo

Análisis del caso Enma S.

En el presente capítulo profundizará el análisis del caso de Enma S., quien fue juzgada y sentenciada por el delito de asesinato a su hijo Sebastián S. Para ello se hará un resumen del caso y se examinarán términos relevantes para el mismo, como violación, relación de poder, discriminación, justicia penal, entre otros. Debido a las particularidades culturales de Enma, es necesario hacer una revisión de su condición socio económica y cómo fue tratada por ser una mujer indígena. Por otra parte, debido a que fue víctima de violación, es pertinente revisar el tema de despenalización del aborto, ya que el caso conlleva a profundizar en los derechos de las mujeres y su libertad sexual.

1. Delito de violación y la relación de poder en el caso Enma S.

Para comenzar, los hechos se suscitaron el 2 de noviembre del 2014, a eso de las 09h00. Enma llevó a su hijo Luis Sebastián S. hasta el sector los Álamos de la ciudad de Riobamba, donde luego procedió a arrojarlo al canal de riego. Por estas acciones fue llamada a juicio, por el delito de asesinato tipificado y sancionado en el Art. 140 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en calidad de autora. Posteriormente, fue condenada a una pena de 26 años de privación de la libertad, modificada a 34 años, seis meses, por encontrarse reunidos los presupuestos del Art. 47, numerales 9 y 11, en relación al Art. 44 último inciso del COIP.

En cuanto a la vida de Enma, ella nació el 24 de enero de 1993 en la comunidad de Santa Rosa de Chuquipoglo en el páramo de Chimborazo; soltera, de instrucción primaria. Sus primeros años y juventud se desarrollaron en su lugar de nacimiento. Vivió en medio de la pobreza propia de las comunidades de la serranía ecuatoriana. Fue víctima de violación por parte de su padrastro José Aurelio P. Producto de este acto violento e involuntario, tuvo un hijo, Luis Sebastián S. En una entrevista, Enma reconoce que su vida no se desarrolló con normalidad, y que sucedieron varios acontecimientos en su vida.³⁹

³⁹ Enma S. 2020, entrevistada por la autora, 25 de noviembre del 2020. Para leer la entrevista completa ver Anexo 2.

En el transcurso de su vida, Enma pasaba el tiempo con su abuelo materno Juan Secaira, quien se hizo cargo de ella desde temprana edad. Recuerda que se divertía, sonreía, jugaba, pasaba muy feliz con él, pero falleció y su vida comenzó a cambiar. Su madre, María Hilda S., acostumbraba a dejar solos a sus dos hermanos (José y Carmen Secaira Santamaría). A los 11 años, Enma regresó a vivir con su madre, quien le delegó varias responsabilidades, como atender y cuidar a sus hermanos de siete y cuatro años. Su madre abandonaba el hogar por varios días, decía no saber a dónde, solo mencionaba que volvería; no les dejaba comida, ni dinero para que puedan subsistir. Enma explica: “yo sentía que era mi responsabilidad y tenía que trabajar por ellos”, así su niñez se terminó. Dejó de estudiar apenas terminó la escuela, y empezó a trabajar en la agricultura, para poder llevar un sustento a su casa y poder comprar alimentos para sus hermanos.⁴⁰

Algunos años después, su madre dejó de realizar los viajes al hogar de su pareja y lo llevó a su hogar a vivir con sus hijos, en la comunidad de Santa Rosa de Chuquipogollo. A partir de ese momento, comenzaron a perpetrarse, por parte de su madre y padrastro, toda clase vejaciones y agravios contra Enma, al punto de ser víctima de violación por José Aurelio P., cuando ella tenía 18 años.⁴¹ Estos antecedentes denotan maltratos constantes del que Enma fue víctima desde su niñez, adolescencia, hasta llegar a su juventud. A los 18 años tuvo que afrontar no solo una violación de su padrastro, sino también el desprecio de su madre por aquel acto que, en lugar de ayudarle y brindarle apoyo, le culpó de lo sucedido. Por tanto, Enma tuvo que lidiar con un embarazo no deseado, y hacerse cargo de un hijo producto de una violación y, como si no fuese suficiente, debía seguir conviviendo en el mismo hogar del violador.⁴²

Por todo lo mencionado con anterioridad, se realiza el estudio del delito de violación y la relación de poder, puesto que en el caso de Enma S. ella fue víctima de violación por parte de su padrastro, quien se encontraba en una situación de poder frente a ella al momento de cometer el ilícito, colocándola en una posición de desventaja. Entonces, recurriendo a la doctrina, esta indica que la violencia sexual en contra de las mujeres es un tipo de violencia que parte de un fenómeno social. Por lo mismo, debe ser comprendido a nivel cultural, histórico, jurídico, judicial, criminológico y

⁴⁰ Enma S. 2020, entrevistada por la autora. Para leer la entrevista completa ver Anexo 2.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Gloria Camacho Z., *La Violencia de género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres* (Quito: El Telégrafo, 2014), 88-89.

victimológico, para la cual es necesario considerar los factores que han contribuido para hacer a las mujeres el foco de vulnerabilidad de estos delitos, determinados por construcciones sociales de estereotipos por el sexo.

Además, se debe tomar en cuenta que el derecho ha sufrido constantes cambios a lo largo de los tiempos que acarrearán antinomias y anomias lo cual, desde una perspectiva generalizada a escala mundial, se podría interpretar que el derecho ha sufrido una crisis donde ha perdido credibilidad.⁴³

En consecuencia, esto ha llevado a la monopolización de los poderes públicos, pues existe una total violación de los derechos humanos por parte de los Estados, de lo cual ha resultado un gran nivel de desigualdad en el mundo. Entonces, a pesar de que se creen nuevas normas, tratados, convenios, o exista un apogeo de cuerpos legales que garanticen -aparentemente- nuestros derechos, el tiempo en el que vivimos plantea nuevos desafíos que el derecho público no alcanza a garantizar de manera efectiva. Por ello, se ha creado una incapacidad e impotencia del derecho, que va desde la minimización de actos violentos producidos por el mismo Estado, hasta la maximización de delitos de bagatela y criminalización de la pobreza. Así, se ha establecido una gran desproporcionalidad en la penalización de estos delitos, por lo cual se ha generado una sociedad de riesgo en donde el Estado es el máximo violador de los derechos humanos.⁴⁴

En este punto, es pertinente un análisis que permita diferenciar los términos violencia y agresividad, distinguiendo cada uno de ellos. Para comenzar, Tamayo define los elementos que hacen operativa la violencia y sus distinciones con la agresividad, la cual considera una conducta innata al ser humano, que detona ante ciertos estímulos así como cesa ante circunstancias específicas.⁴⁵ Tamayo agrega que la violencia se ha denominado como agresividad alterada, producida por componentes que conllevan a ejecutarla de manera intencional y dañina.

Por otro lado, Artís define que en el acto de violencia de género no hay solo una ejecución de un acto de agresividad, sino que existen relaciones simbólicas de poder que

⁴³ Luigi Ferrajoli, *Criminalidad y Globalización en La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales, varios autores* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007), 135-136.

⁴⁴ *Ibíd.* 139-140.

⁴⁵ Juan José Tamayo, *Religión, género y violencia* (Andalucía: Editorial Universidad Internacional de Andalucía, 2010), 23.

hacen posible ese delito.⁴⁶ Entonces, no se puede considerar a la violencia como algo innato o biológico a diferencia de la agresividad, por el contrario, debe clasificarse de acuerdo con el tipo de víctima y agresor. Además, se debe tomar en cuenta la gravedad del daño y el contexto donde sucede, ya que la violencia puede ser diferente dependiendo el tipo de persona.

En relación con el tema del presente trabajo académico, Artís desglosa las diversas y variopintas formas que existen de violencia física; por ejemplo, la violencia de género más frecuente ocurre en contra de las mujeres, y se ejecuta en medio de relaciones de poder, es decir, del hombre hacia la mujer que se ha desviado de su rol social.⁴⁷ Este tipo de violencia se puede producir a través de insultos, o contacto físico como golpes, penetración sexual involuntaria, e incluso la utilización de otros instrumentos como armas con el fin de causar daño a la víctima. Lamentablemente, son varias las modalidades de violencia de género que suceden en diversos contextos, siendo el hogar donde acontece la mayoría de los casos. A partir de esto, se infiere que quienes ejecutan violencia de género en el hogar son parientes consanguíneos o no, que conviven en un mismo espacio, tornando a la casa el lugar donde suceden actos de violencia en contra de las mujeres allí presentes.⁴⁸

Al determinar las posibles causas y motivos de estos actos, cabe indicar que en los primeros años de vida aparecen las primeras reglas de comportamiento asociadas al género. Esto ocurre al interior del hogar, sitio donde se fomenta el control social ejercido sobre las mujeres, y se encubren varias manifestaciones de violencia, por ser un escenario privado para los demás. Consecuentemente, esto permite que se cometan actos que convierten en víctimas a las mujeres, pues su condición de feminidad las coloca, inevitablemente, en posición de desventaja en relación al hombre. En contraposición, el hombre en el hogar asume su masculinidad como algo completamente diferente, con un rol dominante e imponente sobre la mujer.⁴⁹

Como se puede observar, esta feminidad no es propia sino que es otorgada por el control social que obliga a las mujeres a cumplir roles de sujeción al hombre. De esta

⁴⁶ Gloria Artís, Francisco Barriga, Lourdes Suarez, Xabier Lizarraga, Morales, “¿Qué es esa cosa llamada violencia?”, (México D.F.: Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales Vicente Lombardo Toledano 2006), 12-13.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*, 115-117.

⁴⁹ Afanador Contreras, María Isabel Caballero Badillo, María Claudia, “La violencia sexual contra las mujeres. Un enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho” *Reflexión Política*, vol. n.14 (2012): 2-3, doi: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11023066009>, 125-128.

manera, la coloca en una situación de vulnerabilidad, no solo en el hogar, también fuera de él, sin posibilidad de reacción frente a situaciones de riesgo, desprovista de defensa alguna, condicionando su vida a patrones de sumisión por temor a recibir violencia del sexo masculino. Dicho de otra manera, el control social alimenta la idea de desigualdad de poder entre hombre y mujer.

De esta manera, la familia se vuelve el primer seno de generación de estigmas y estereotipos de género, donde la reproducción de una feminidad hegemónica (funcional al poder patriarcal) se comienza a articular. Entonces, cuando se cometen delitos como el de violación, este forma parte del control social sobre el cuerpo de las mujeres, por lo mismo, este y otros actos semejantes se han querido justificar sexualizando el cuerpo de la mujer a través de la crítica social. Para ello, se juzga a la mujer por la manera de vestir, donde el uso de minifalda o pantalón ceñido incita al hombre, cuestionando así el cuerpo de las mujeres. Esta violencia sexual visibiliza las relaciones de poder entre ambos sexos, haciendo parte a las mujeres de múltiples condiciones de desigualdad, derivadas de patrones socio-culturales.

Esto demuestra un pensamiento retrógado, pues en la antigüedad la mujer era considerada propiedad del hombre, y podían disponer de ella para la violación. Asimismo, era usada como medio de transacción entre los hombres, para resolver conflictos entre sí; es decir, la violencia sexual hacia las mujeres estaba legitimada, no tenían poder de decisión sobre sus cuerpos, todo lo que les ocurría únicamente exaltaba la dominación y poder que poseían los hombres. Estos, no solo desconocían los derechos de las mujeres sino que también las consideraban únicamente como objetos para su beneficio.⁵⁰

La historia como tal no define exactamente cuándo se empezó a considerar a la violación de la mujer como delito, ni existía una condena a la brutalidad por parte de la ley. En otras palabras, todo lo que implicaba violencia hacia las mujeres era tolerable para las personas.

La forma predominante de concebir la sexualidad y la relación entre los sexos relaciona la violencia masculina contra las mujeres con la sexualidad masculina (y viceversa) y con la forma en que los varones entienden la relación con la mujer: aunque,

⁵⁰ Ana Carcedo con la colaboración de Camila Ordóñez, *Comisión de Transición Hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género Femicidio en Ecuador* (Quito: Manthra Editores: 2011), 30-31.

por parte de los varones, esta concepción sea exorcizada atribuyendo la explosión de la violencia a patologías individuales.⁵¹

El delito de violación es definido como aquel acto sexual con penetración ejercida de manera violenta en contra de otra persona. Esta conceptualización ha permitido instrumentalizarlo como un delito en el ordenamiento jurídico a nivel mundial. En Ecuador este tipo penal se encuentra tipificado en el COIP sección cuarta delitos contra la integridad sexual y reproductiva, art. 171:

Art. 171.- Violación.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.⁵²

Como puede observarse, el COIP se limita abordar actos de fuerza, amenaza o intimidación y la participación en el tipo penal como sujeto activo del delito, sin embargo, hay otras situaciones que no son claramente consideradas, pues, este tipo penal desde su existencia ha venido perpetrándose en mayor cantidad hacia las mujeres en medio de las relaciones desiguales de poder, siendo esta violencia una evidente manifestación directa del patriarcado.⁵³

En 2020 la fiscalía general del Estado mostró un alto índice de delitos cometidos por violencia de género, lo que la convirtió en una problemática que iba en aumento.⁵⁴ En el informe de rendición de cuentas de la fiscalía provincial de Chimborazo, solamente en relación con delitos de violencia de género, fueron ingresadas 303 causas. De todas estas, se obtuvieron 22 sentencias condenatorias, 50 instrucciones fiscales y

⁵¹ Tamar Pitch, “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”, *Investigaciones Feministas*, n.º6 (2010), doi: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/515/605/>.

⁵² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero del 2014, art. 171.

⁵³ Organización Panamericana de la Salud (OPS), Organización Mundial de la Salud (OMS), “Comprender y abordar la violencia contra las mujeres” *Organización Mundial de la Salud*, vol. n.º14(2013): 5-6, doi: <https://oig.cepal.org/es/>

⁵⁴ Ecuador, Fiscalía General del Estado, *Estadísticas Fiscalía General del Estado: 2020* (Quito Fiscalía General del Estado, 2020), 1.

231 sin resolver.⁵⁵ Esta violencia ejercida por los hombres en contra de las mujeres es consecuencia de un común denominador, el machismo naturalizado en la sociedad.⁵⁶ Estas definiciones de la propia fiscalía muestran que la violencia en Ecuador, y más concretamente en la región del caso de estudio, es significativa, con un alarmante el porcentaje de casos sin resolver.

2. Ser víctima en una sociedad patriarcal

Enma S. cuenta que fue víctima de violación por parte de la pareja de su madre a quien se refiere como *mi padrastro*. Cuando se le pregunta sobre el hecho, Enma responde:

Nunca imaginé que él era capaz de hacerme algo así, él abusó de mí por primera vez, cuando yo iba a cumplir 18 años, y en una sola vez yo me quedé embarazada, esto pasó lejos de la casa, fue en un terreno botado, ese día yo venía de San Andrés, porque trabajaba en un restaurante, andaba tranquila, no he sido para andar de loca, entonces él ya ha sabido andarme siguiendo, viéndome por donde ando a qué hora llego y que voy hacer, entonces yo estaba hablando por teléfono y hasta el teléfono se perdió, entonces estaba yéndome a mi casa y él me ha estado esperando me cogió por terreno botado era de noche, siempre llegaba a mi casa cerca de las siete o siete y media de la noche a lo mucho, me cogió y me hizo, y yo que me voy a imaginar que me voy a embarazar, nunca pues, de ahí yo llegué a mi casa y le conté a mi mamá y le dije que me hizo, yo pensé que ella iba hacer algo, y lo primero que me dijo fue: ¿estas segura? y yo le dije que estoy bien segura de las cosas que le estoy diciendo, usted sabe que yo nunca miento y ella ni siquiera le llamó a decir porque hizo eso, pero mi padrastro se fue ese día donde otra mujer por quince días, en esos quince días yo no sé por qué mi mamá no hizo nada, no le buscó, no le reclamó lo que me hizo, mejor me dijo y no será que vos eres la que le andaba buscando, le anda coqueteando, pero no sé porque me decía eso mi mamá, si a mí eso no me pasaba por la mente, como yo trabajé como cuatro meses en el restaurante, le conté a la señora que era la dueña del restaurante lo que me había pasado y ella me dijo usted ha de estar bien, no ha de estar embarazada, pero le dije que no que las cosas ya cambiaron, después de eso yo ya me enteré que estaba embarazada a los tres meses, yo me di cuenta porque no me bajó la regla. Me acuerdo que mi padrastro me pegó con la mano, tenía todito esto emplomado (refiriéndose a su ojo y nariz) hasta ahora tengo mal mi nariz desde que él me pegó, él me pegó porque me quería obligar otra vez a estar con él cuando ya di a luz mi hijo tenía más o menos unos seis meses, mi mamá no hizo nada otra vez, yo llegué a mi casa bañada en sangre, mi ojo era como el oso panda estaba emplomado de lo que me pegó mi padrastro, cuando mi mamá me vio me dijo que estabas haciendo, por algo te ha de ver hecho así y yo le dije que no es por algo, sino que él quiere nuevamente estar conmigo y eso no lo va a lograr, y así con el ojo emplomado tuve que bajar a Riobamba

⁵⁵ *Ibíd.*, 9-10

⁵⁶ Gloria Camacho Z., *La Violencia de género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*, 88-89.

a vender en el mercado, ahí me vio mi tía y me dijo que está pasando, yo le conté pero ella nunca hizo nada.⁵⁷

Al preguntarle qué siente al ver a su padrastro contesta: “yo siento odio, porque me hizo esto, por la culpa de él yo estoy así, si mi mamá hubiera hecho algo por mi yo no hubiera llegado a este lugar (refiriéndose a la cárcel), toda mi juventud tener que pasar encerrada en estas cuatro paredes, me duele, ni al peor enemigo le deseo estar en ese lugar”.⁵⁸

La interpretación de este caso se aborda a partir de los ejes conceptuales de género ya teorizadas en el capítulo anterior. Hay que indicar que este trabajo asume al género como una construcción social que se constituye por diversas dimensiones sociales, económicas y culturales; se diferencia del sexo, que indica una determinación biológica. Por esta razón, cabe explicar que el concepto género se define a través de dos perspectivas, la primera como “elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos”,⁵⁹ y además tiene interrelación con cuatro elementos, simbólico, normativo, institucional y subjetivo.

En la segunda perspectiva, el género es “una forma primaria de relaciones significantes de poder”.⁶⁰ En efecto, la masculinidad como criterio universal está presente en cada una de las actividades del ámbito público y privado, y al mismo tiempo ha naturalizado la inferioridad del género opuesto. Esta construcción sociocultural y jerárquica fue el inicio de un diseño de convivencia entre hombres y mujeres, donde la conducta adoptada por los hombres ha creado un abismo de poder que ha dado paso a incontables desigualdades. Y así, los derechos de las mujeres llevan sin reconocerse durante varios siglos.⁶¹

Catherine McKinnon en la década de los 70 del siglo pasado fue una de las primeras juristas en denunciar la *masculinidad del derecho*, argumentando que este se desarrolló bajo un modelo hegemónico cultural de los hombres. Lo describió como un derecho unilateral y no neutral al servicio de la sociedad patriarcal, generando no sólo desconfianza, sino un obstáculo para la aplicación en igualdad de condiciones del derecho al resolver las demandas de las mujeres.⁶²

⁵⁷ Enma S. 2020, entrevistada por la autora. Para leer la entrevista completa ver Anexo 2.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Judith Salgado Álvarez, *Manual de formación en género y derechos humanos*, 60.

⁶⁰ *Ibíd.*, 69.

⁶¹ María José Lemarchand, *Ciudad de las damas* (Madrid; Editorial Siruela S.A: 1995-2000), 50.

⁶² Facio Alda y Fries Lorena, *Género y derecho* (Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999), 45.

Poco después, en los años ochenta, el término *violencia* se impuso englobando la violencia respecto al acoso sexual, violencia sexual, física, psicológica patrimonial, y similares. Desde la perspectiva penal, esto permitía establecer una definición entre el agresor y la víctima, por lo cual se aborda una *relegitimación de la justicia penal*. Esta conducta, basada en las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, ha sido definida como *patriarcado* y constituye “(...) un sistema que justifica la dominación sobre la base de una supuesta inferioridad biológica de las mujeres. Tiene su origen histórico en la familia, cuya jefatura ejerce el padre y se proyecta a todo el orden social”.⁶³

El planteamiento del patriarcado implica una cultura de constante violencia hacia la mujer. En un primer momento, se limitaba al ámbito privado, la violencia dentro de la familia, denominado *violencia intrafamiliar*,⁶⁴ lo que significó un avance decisivo para su reconocimiento. Sin embargo, las estadísticas de agresiones a mujeres en contexto público y sus resultados fatales obligó al Estado a reconocer la protección más allá del hogar. Consecuentemente, se derogaron leyes que sancionaban al agresor únicamente dentro de la esfera de lo íntimo, evidenciando el nivel de riesgo de las mujeres en todos los contextos.⁶⁵

Como se puede observar, la violencia de género es la consecuencia directa de un patriarcado que reproduce las formas de dominio económico de unos seres sobre otros. Este ha sido definido como todos los actos que afecten de manera directa o indirecta a la mujer en el reconocimiento y ejercicio de sus derechos.⁶⁶ La violencia en base al género implica entender la violencia hacia las mujeres por su condición de mujeres, así como la violencia sobre los hombres en su condición de hombres⁶⁷. Este tipo de violencia constituye una problemática social, que abarca diferentes tipos de violencia como el maltrato físico, psicológico y sexual al que están expuestas las mujeres.⁶⁸

En el caso de Enma S., fue víctima de diversos tipos de violencia dentro de su entorno social, por parte de su madre, que no se le proporcionó una infancia adecuada,

⁶³ Gloria Camacho Z, 66-67.

⁶⁴ *Ibíd.*, 106.

⁶⁵ Juan José Tamayo, *Religión, género y violencia* (Andalucía: Editorial Universidad Internacional de Andalucía, 2010), 30.

⁶⁶ Nuria Varela, *Feminismo para principiantes* (España: Ediciones B, 2005), 138.

⁶⁷ Tamar Pitch, “La violencia sexual contra las mujeres y sus usos políticos.” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. n.48 (2014), doi: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/2778/2895>, 20 -25.

⁶⁸ Nuria Varela, *Feminismo para principiantes*, 13.

ni brindó cuidado y protección en su hogar. Por el contrario, fue obligada a trabajar y hacerse responsable de sus hermanos. Luego, este maltrato detonó en violencia física por parte de su padrastro, quien abusó sexualmente de ella por más de una ocasión, sumado a numerosos y variados actos de violencia, provocando un continuo desgaste emocional, psicológico y físico en Enma.

Con esta definición de violencia de género, la doctrina muestra que se da inicio a otra división constituida por agresores y víctimas, lo que permite separar a los *buenos de los malos*, centrando el discurso público estatal en la defensa de las *víctimas*, pretendiendo justificar la imposición de la pena.⁶⁹ Esto tiene la finalidad de restituir el orden social, así como castigar al agresor y con ello calmar a la víctima en su búsqueda de justicia como parte de la reparación psicológica.

El Estado, mediante el derecho penal, diseña un corpus que involucran a la moral, puesto que el castigo se enfoca en castigar a los malos por el clamor de los buenos, teniendo como fin proteger y resarcir daños. Se basa en la venganza privada y su justificación retributiva de castigar al malo, por lo cual únicamente se ha centrado en castigar y no en dar la connotación pertinente de lo que conlleva entender la violencia de género.

En cuanto al fin, es netamente punitivo, direccionado por el derecho penal, por lo tanto, la violencia de género no tiene un trasfondo explícito respecto a variantes que también deben ser consideradas. Para empezar, la desigualdad del poder, que se ejerce por lo hombres en relación con las mujeres, prejuicios y estigmatización, invisibiliza esta problemática, pues de ella derivan prácticas misóginas, discriminaciones en un entorno que las naturaliza. Por otro lado, las políticas apuntan siempre a la cuestión delictiva en sí. Perseguir el acto antijurídico a través del ministerio público mediante la imposición de la sanción penal, constituye una solución parcial al problema, pues se enfoca en la *justicia* que el Estado direcciona bajo una lógica de seguridad social.

La violación conlleva implícita la erotización del *dominio masculino* sobre las mujeres, encontrándose en vulnerabilidad ante el poder del hombre, que puede surgir en diversas circunstancias. En el caso de Enma S. puede caracterizarse que esta mujer indígena se encontraba en varias situaciones de vulneración, lo que hacía propicio la comisión del delito de violación por parte de su padrastro. Este ejercía poder sobre ella, al ser la pareja de su madre y vivir en su hogar; además, como refiere Enma, su madre

⁶⁹ Elena B. Martín Espinoza Cevallos, *Régimen Jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España*, 26.

no le creía el acto violento que había perpetrado su padrastro. Es más, la madre, en lugar de ayudar a Enma, la inculcó de que su padrastro cometa el delito, justificando así el acto cometido. Así, su madre fue parte de esta violencia constante que se realizaba en contra de Enma.⁷⁰

Ante este hecho de violencia, en su relato Enma pide *justicia*, busca que su padrastro cumpla una pena privativa de libertad porque, hasta la presente fecha, se encuentra libre y sigue viviendo en el que era su hogar con su madre y hermanos. Además, piensa que puede hacerle lo mismo a su hermana menor, por ello pide que este sujeto pague por lo que le hizo: “si mi padrastro no hubiera abusado de mí, yo no estaría encerrada”, ella menciona que, si su madre le hubiera creído, todo hubiese sido diferente. En este caso la violencia de género es producto y efecto, no solo de la desigualdad sexual y de poder masculino, sino también de la aquiescencia de mujeres en contra de mujeres.⁷¹ Al respecto, Lorena Cabnal menciona:

Por un lado, tenía clara la falta de responsabilidad del Estado para promover una vida en dignidad en esta comunidad localizada en una montaña con más de cien mil habitantes indígenas. Pero, por otro lado, emergían otros cuestionamientos: ¿desde cuándo hemos vivido así? ¿Por qué somos las mujeres indígenas las más empobrecidas? ¿Por qué sufrimos tanto? Esos pensamientos se contradecían con algo que rondaba hacía mucho tiempo en mi cabeza: si decimos que los pueblos originarios somos pueblos de paz y amor, ¿qué pasó aquí? ¿Por qué no nos duelen los cuerpos de las niñas y de las mujeres que sufren la violencia sexual? ¿Por qué no nos indignamos? ¿Cómo hemos naturalizado todo esto? ¿Por qué? Empecé a sentir también una contradicción con nuestros principios y valores cosmogónicos de respeto a la vida, situación que se juntaba con el olvido del Estado y de los derechos humanos y con la naturalización de los cuerpos de las mujeres violentadas en comunidad. Busqué respuestas en instituciones estatales y no obtuve nada. Busqué en el gobierno indígena y sus respuestas eran: “así es la vida”, “siempre ha sido así”, “a las patojas tiernas —niñas entre 12 y 15 años— se las roban para familiar o para probar si les conviene”, “eso no es problema, hay patojas que les gusta y se huyen con los muchachos” o “hay hombres viudos o solos que necesitan una patoja y buscan cuál les gusta para su mujer, si no sale buena tienen derecho de dejarla y buscarse otra”, “la culpa la tienen las mujeres por no enseñarles a sus hijas a ser buenas mujeres, por eso los hombres las dejan y si las golpean es para que aprendan”.⁷²

La violación conlleva a tratar el cuerpo de las mujeres como objeto desechable y a la vez que “erotiza lo que es despreciado y humillado, lo que es accesible, preparado para el uso, servil, infantil, pasivo y animal”⁷³. Es preciso abordar la problemática de violencia desde una perspectiva más sistémica por parte del Estado. La compleja

⁷⁰ Enma S. 2020, entrevistada por la autora. Para leer la entrevista completa ver Anexo 2.

⁷¹ Tamar Pitch, “La violencia sexual contra las mujeres y sus usos políticos,” 28-30.

⁷² Xochit Leyva et al., *En tiempos de muerte: cuerpos, rebeldías, resistencias*, (San Cristóbal de Las Casas: Cooperativa Editorial Retos, 2019), 116-117.

⁷³ Tamar Pitch, “La violencia sexual contra las mujeres y sus usos políticos,” 32.

realidad que viven las mujeres en diferentes contextos implica siempre situaciones de desigualdad, discriminación y subordinación, teniendo como consecuencia la legitimación de la prisión, discurso esencial de la justicia penal. Sin embargo, no se ha considerado que esta justicia en la mayoría de los casos desempeña un rol en contra de las mujeres, que las margina o, incluso, negar su condición de víctima. Por lo tanto, ponerla en tela de duda, no reconocer la subjetividad femenina, la reduce a “una simple invocación de ayuda de un grupo social reconstruido como débil y vulnerable”.⁷⁴

En 1904 en Ecuador se establecieron políticas a favor de las mujeres, aunque el machismo arraigado en el país se siguió justificando bajo fundamentos falaces apoyados en la discursividad narrativa de la religión, cultura y estereotipos sociales, fortalecidos con argumentos jurídicos propios de la época.⁷⁵ Ecuador tenía un alto índice de violencia de género, discriminación a la mujer, donde el patriarcado estaba arraigado socio-económicamente. Por esta razón, ocurrían maltratos físicos, psicológicos, violaciones, que terminaban en la muerte de mujeres. Además, la limitación del acceso a la justicia contribuyó a innumerables vulneraciones a sus derechos, donde resultaba evidente la negligencia en la administración de justicia, permitiendo que se extienda esta vulneración a un nivel donde las víctimas de violencia de género no tenían ningún acceso a la justicia.⁷⁶

El COIP, vigente en Ecuador desde 2014, tipificó la violación como conducta penalmente relevante, adoptando normas internacionales. Desde este modo, se honran compromisos internacionales y también con la sociedad ecuatoriana, especialmente en lo que concierne a la violencia de género y violencia intrafamiliar, dos problemáticas distintas abandonadas durante muchos años. Por esta razón, el legislador en este nuevo escenario ha otorgado un papel protagónico en el proceso a la víctima, sacándola de las penumbras y dotándola de derechos y las medidas de protección correspondientes.⁷⁷

En Ecuador el acceso a la justicia para las víctimas de violencia género sigue siendo desfavorable, ya que la violencia rige desde un punto de vista iusnaturalista. Asimismo, los operadores de justicia no cumplen con los tiempos establecidos en el COIP, lo que acarrea fases de negligencia en el sistema de justicia. Por tanto, se

⁷⁴ *Ibíd.*, 117.

⁷⁵ Juan Pazmiño, *Independencia y República siglos XIX y XX* (Quito: Editorial Planeta, 2004), 330.

⁷⁶ *Ibíd.*, 353.

⁷⁷ Ana Carcedo con la colaboración de Camila Ordóñez; *Comisión de Transición Hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género Femicidio en Ecuador*, 101-103.

establece un Estado de impunidad, pues los delitos por violencia de género no siempre concluyen con el castigo al delito. Al contrario, se declara el archivo de la causa por aparente falta de elementos de convicción, cuando la verdadera referencialidad es la falta realización de diligencias en el tiempo oportuno que determina la ley. Esto causa impunidad de los delitos de violencia de género, impidiendo el acceso a la justicia para sus víctimas.⁷⁸ Si bien esta cita de Luzuriaga fue enunciada hace varias décadas, lamentablemente muchas de sus caracterizaciones aún son comunes en los casos de violencia de género en Ecuador.

3. Discriminación y justicia penal

El Estado ha desarrollado, a lo largo de la historia, diversas normas jurídicas para ampliar los sistemas de control respecto al comportamiento de las personas a través de su ejecución de la sanción. El poder punitivo que ostenta el Estado (por legitimidad social-ciudadana) presenta un sistema de represión hacia los ciudadanos bajo la premisa de *restablecer* el estado de bienestar.⁷⁹ Esa entrega garantista de poder es dada por ciudadanos que, por ello, reciben la protección del tejido social.

En muchas ocasiones, la aplicación de ese poder estatal culmina en *violencia estatal*, siendo esta el fenómeno más nocivo de una sociedad, pues constituye el núcleo fáctico del poder punitivo a través del derecho penal. Dicha violencia radica en ejercer este poder punitivo mediante la imposición de una sanción, lo cual se traduce en la restricción de los derechos de las personas. De esta manera, se permite el control social estatal sobre los mismos, determinando qué es lo permitido y qué no.⁸⁰

Concretamente, los ordenamientos jurídicos creados por el Estado tienen el fin de cumplir con el rol opresor que moldea el orden social deseado. Por ello castigan conductas que se consideran graves y atentan contra la convivencia humana, por lo cual resultan un mecanismo riguroso y eficaz, al amparo del poder punitivo estatal mediante la pena.⁸¹ Este sistema de control social se basa en mecanismos multitemáticos (filosóficos, jurídicos, sociológicos, antropológicos, psicológicos) utilizados por el

⁷⁸ Carlos Luzuriaga, *Situación de la mujer en el Ecuador* (Quito: Editorial Gráficas San Pablo Cía. Ltda.) 1982, 98.

⁷⁹ Francisco Muñoz Conde, *Control Social y Derecho Penal*, 63.

⁸⁰ Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Editorial / Trotta, 2008), 42.

⁸¹ Francisco Muñoz Conde, *Control Social y Derecho Penal*, 53.

Estado. Así, forman parte de un proceso denominado de motivación, por cuanto se utiliza la coacción mediante la sanción para disuadir del comportamiento o actuaciones no deseables por la autoridad estatal. En este sentido, la normativa plasma esa función motivadora, ya que amenaza con la imposición de un castigo.⁸² Se colige entonces que el poder punitivo ha dominado en las relaciones sociales desde la convivencia humana en sociedad, poder que se ha traducido en normas que transforman la fuerza en derecho y la obediencia en deber.

Es importante mencionar que el derecho penal no es la primera forma jurídica; antes de la creación de esta norma, existían otras y la mayoría no se encontraban escritas, por lo cual son objeto de estudio de la antropología jurídica, y su surgimiento inicia una forma de ordenación jurídica del poder. Antes del Estado constitucional, históricamente los humanos han sido tratados como desiguales por naturaleza, lo cual da origen a las relaciones de dominación y subordinación personal entre unos y otros.⁸³ En particular, el Estado garantiza el contrato social y la eliminación de ese axioma que marca un determinismo biológico.

Por tanto, la desigualdad tiene como consecuencia la diferencia en los grados de libertad personal. Este principio se mantiene bajo la justificación y explicación simultáneas del poder, es decir, unos ordenan y otros obedecen. Así, esta tradición milenaria rompe el Estado constitucional, en la forma de organización del poder político y la norma como instrumento de articulación del poder. Con el tiempo, se define que el poder político no está constituido, sino que tiene que ser constituido y este debe ser coherente con los principios de igualdad y libertad personal. De estas relaciones características entre individuos cabe una forma de relación conocida como contrato social, mismo que es el instrumento para explicar el proceso de constitución del Estado.⁸⁴

En particular, este contrato social es la norma o legislación concebida bajo la premisa de un contrato de “cada hombre con cada hombre”,⁸⁵ no entre gobernantes y gobernados, buscando hacer operativo un poder objetivo despersonalizado. Este poder objetivo no es exclusivo de nadie sino tiene que ser de todos, transformando así la

⁸² Carlos Bernal Pulido. *El Derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 333.

⁸³ Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio, y Perfecto Andrés Ibáñez, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995) 105.

⁸⁴ Guastini Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 51- 55.

⁸⁵ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Editorial / Trotta, 2009), 100.

fuerza en derecho. De esta forma, al convertir dicha fuerza en la de todos, se pretende dejar a un lado la dominación de unos sobre otros.⁸⁶ Esta categoría de igualdad ante la Ley se articula en occidente con el triunfo del capitalismo frente al feudalismo, con Kant y Hegel como ejes filosóficos de esa igualdad. Por supuesto, no está de más recordar que todo esquema de sociología funcionalista -que legitima las desigualdades- erosiona la constitución de un Estado.

Por tal motivo, la transformación de la obediencia en deber se da a través de la ley, pues obliga a los ciudadanos a cumplirla, so pena de una sanción. Bajo este contexto, el Estado mediante la normativa es un instrumento del que se dota la sociedad para garantizar su seguridad política y jurídica. El derecho penal ha permitido al Estado intervenir en diferentes momentos del desarrollo del conflicto, a través de la instancia legislativa entendida como obligación de obedecer la norma, caso contrario se castiga al individuo, esta es la intervención del derecho penal en conflicto. Con estos antecedentes es posible profundizar de forma más específica en la discriminación que el derecho penal ejerció sobre una víctima de violación, lo que constituye parte del IUS PUNIENDI estatal.

En el caso de Enma S., fue juzgada y sentenciada por el delito de asesinato a su hijo Sebastián S., hechos que suscitaron en la ciudad de Riobamba, provincia de Chimborazo, cuando Enma tenía 21 años.⁸⁷ Como se revisó, la vida de Enma se desarrolló en torno a la pobreza, discriminación y sobre todo en la violencia que ejerció su madre desde su infancia hasta su juventud, permitiendo a su padrastro abusar sexualmente de Enma e inculpándola de este hecho. En consecuencia, Enma además tuvo que afrontar un embarazo no deseado, hacerse cargo de un hijo producto de la violación de su padrastro;⁸⁸ y debía ver a su agresor después de cometer este acto, así como continuar viviendo en su misma casa.

Posteriormente, al cabo de unos meses, cuando Enma dio a luz a su hijo, su padrastro intentó nuevamente abusar sexualmente de ella. Al no lograr cumplir su cometido, la agredió físicamente causándole secuelas que perjudican su salud hasta la actualidad, la golpeó fuertemente con la mano cerrada en su nariz y ojo izquierdo. Toda esta secuencia de hechos detonaron en un final inevitable para Enma, quien agotada emocionalmente, desesperada por ayuda y sin encontrar ninguna otra salida, decidió

⁸⁶ Francisco Muñoz Conde, *Control Social y Derecho Penal*, 69.

⁸⁷ Enma S. 2020, entrevistada por la autora. Para leer la entrevista completa ver Anexo 2.

⁸⁸ *Ibíd.*

acabar con la vida de su hijo Luis Sebastián Secaira Santamaría. Al respecto, sostuvo: “yo quería que él no sufra más, por eso no pensé mucho en hacerlo, después pensaba matarme, pero fui cobarde y no pude, me dolió pero solo pensaba que mi hijo iba a estar mejor que aquí”.⁸⁹ Tras haber cometido el hecho, supo manifestar que no recordaba bien lo que pasó, solo que todo se le nubló y se sentía muy triste:

Después me fui a donde mi tía en Riobamba, ella me dijo y donde dejaste al guagua, yo le dije que estaba con mi mamá. Esa noche no pude dormir, me fui donde mi mamá a mi comunidad y solo estaba mi hermano menor en la casa, le dije que yo ya no volvería nunca más, que las cosas cambiaron y me voy por mucho tiempo. Yo estaba decidida a entregarme, la conciencia no me dejaba tranquila, pero nunca me imaginé que me darían tantos años, entonces ese día en la mañana yo fui al Comando por la Dolorosa y me dijeron que espere, yo le dije a un policía que estaba ahí que quiero entregarme porque maté a mi hijo, pasó mucho tiempo, para que vengan otros policías y me llevaron a la Fiscalía, después me llevaron otra vez al UPC de la Dolorosa, de ahí me dijeron que se va hacer una audiencia, y ese día que se hizo la audiencia, yo no tenía abogado, entonces me dijeron que va a venir un defensor público y que él no me cobraría, porque a ellos les paga el Estado, cuando yo estaba en la sala donde se hacen las audiencias le vi al doctor que me iba a defender, le dije doctor que es lo que tengo que hacer, y el doctor, me dijo, usted ya está sentenciada, no hay nada que hacer, no diga nada, si le preguntan diga que se acoge al silencio. Yo estaba muy asustada no sabía qué hacer, me puse peor cuando el abogado me dijo que ya no podía hacer nada por mí y que ya estoy sentenciada, el mundo se me vino abajo, todavía no sabía cuánto me iban a dar, después en la de juzgamiento me dieron 34 años, yo decía cuándo va a pasar el tiempo, esto se va a hacer interminable, me quería morir, después de un tiempo ya me resigné y una compañera me dijo que conoce al doctor Juanito y que él me puede ayudar entonces logré comunicarme con él y él me ayudó, me dijo que vamos a casación, ahí me dieron 14 años.⁹⁰

Del relato de Enma S., se puede acotar que después de cometer el hecho se entregó voluntariamente a la policía y denunció lo que había realizado el 2 de noviembre del 2014, a las 09h00 aproximadamente, hecho que dentro del proceso jamás fue considerado, ni siquiera se mencionó. Este dato lo reveló únicamente durante la entrevista, pues de no haberse entregado, nadie hubiera sabido cómo lo mataron. En un primer momento pensó huir, pero no lo hizo porque no podía con la culpa, quería ser juzgada por la autoridades y cumplir una pena por lo cometido.

Respecto al proceso judicial, consta que con fecha 07 de noviembre del año 2014 se ordena la prisión preventiva por considerarse indicios de responsabilidad en el hecho en contra de Enma S. El señor Juez de la Unidad Judicial Penal de Riobamba, Dr. Carlos Calderón Arrieta dictó auto de llamamiento a juicio en contra de la ciudadana Enma S., por considerar que su conducta se adecua a lo establecido en el delito

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

tipificado por el Art. 140, del COIP. En la audiencia preparatoria de juicio y de formulación del dictamen, el Dr. Carlos Calderón, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, llamó a juicio a Enma S. por el delito de asesinato tipificado y sancionado en el Art. 140 numeral 1 del COIP en calidad de autora. Auto que se remite a la oficina de sorteos a fin de que ratifique la competencia en un Tribunal de Garantías Penales de Riobamba para la tramitación de la etapa de juicio.⁹¹

Para dictar la sentencia condenatoria en contra de Enma, el tribunal indica que la existencia de la infracción se encuentra probada con el peritaje realizado por la Dra. María Semper quien explica las causas de la muerte del menor Sebastián S. Así, determina que esta fue por sumersión en agua dulce, y que el niño presentaba dos heridas tipo contusas en región frontal media e izquierda de 4x1 y 3x1 centímetros de diámetro. Esto es corroborado por el perito Jaime Alfonso Guevara Pintado quien realizó el levantamiento del cadáver, lo cual concuerda por el perito Richard Vinueza, quien practicó el reconocimiento del lugar de los hechos, concluyendo que el lugar existe. Cabe mencionar que los sujetos procesales habían arribado a un acuerdo probatorio respecto al peritaje de la autopsia, levantamiento del cadáver y reconocimiento del lugar de los hechos.⁹²

Fue tomado como relevante el testimonio de Jaime Guevara al señalar que, posterior al levantamiento del cadáver, la Fiscalía de Riobamba dispuso receptar la versión de la procesada, quien en presencia del defensor público había aceptado haber empujado a su hijo al canal de riego. Por lo tanto, aceptando el cometimiento del delito por cuanto en el reconocimiento del lugar de los hechos, indicó las circunstancias y pormenores del ilícito. Al respecto, el Tribunal de Garantías Penales con sede en la ciudad de Riobamba toma en cuenta los siguientes elementos probatorios:

Los testimonios rendidos en etapa de juicio con los cuales se ha probado en forma directa la participación de la acusada en el hecho, quién armó y planificó la muerte de Luis Secaira Santamaría, con voluntad y conciencia, respecto a la agravante, indican que la acusada se aprovechó de las condiciones personales de la víctima que implica indefensión desventaja vulnerabilidad para el cometimiento del ilícito.⁹³

⁹¹ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Chimborazo Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, “Sentencia”, en *Juicio n°: 06282-2014-4616* 2014, 04 de marzo del 2015, 7.

⁹² Ecuador Corte Provincial de Justicia de Chimborazo Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, “Sentencia”, en *Juicio n°: 06282-2014-4616* 2014, 04 de marzo del 2015, 8.

⁹³ *Ibíd.*, 11.

La sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Riobamba es impugnada por Enma S. mediante recurso de apelación. La decisión de la sentencia es rechazar el recurso de apelación interpuesto por Enma S. al amparo del Art. 140 numeral 1 del COIP. Por tanto, se le impone la pena de 26 años de privación de la libertad, modificada a 34 años, seis meses, por encontrarse reunidos los presupuestos del Art. 47, numerales 9 y 11, en relación al Art. 44, último inciso del COIP.⁹⁴ Finalmente, Enma S. presenta el recurso de casación ante el Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, quienes por unanimidad reducen la pena a 14 años 6 meses. De igual forma, deciden aplicar las reglas que contiene el Convenio 169 de la OIT. Por lo tanto en el tiempo de cumplimiento de esta pena, Enma S. tiene derecho a participar de su vida comunitaria.⁹⁵

Es preciso destacar que, en el análisis anterior, durante el proceso penal la Fiscalía no evacuó los elementos de descargo a favor de Enma S., teniendo la obligación de hacerlo, conforme lo establece el art. 5 numeral 21 del COIP.⁹⁶ Es así que durante la instrucción se solicitó que se realice un examen psiquiátrico a Enma S., por existir indicios que actuó en un momento de depresión por las constantes agresiones de toda naturaleza que era víctima. Sin embargo, de haberse providenciado, no se llegó a practicar esta diligencia para demostrar la realidad de la personalidad de Enma, causando indefensión y perjudicando sus intereses, haciendo inexistente el acceso a la justicia y vulnerando el debido proceso, en la garantía a la defensa.⁹⁷

Tampoco se tomó en consideración su estado de vulneración, pues Enma debió estar protegida por el Estado al ser víctima de maltrato físico y psicológico por parte de su madre, así como cuando fue víctima de violencia sexual por parte de su padrastro, producto de lo cual fue obligada a ser madre a temprana edad, sobrellevando el trauma de que el niño resultó de una violación. Además, la defensa de Enma fue escueta, realizada por un defensor público, Eduardo C., quien en su defensa únicamente se basó

⁹⁴ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Chimborazo Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, "Sentencia", en *Juicio n°*: 06282-2014-4616 2014, 04 de marzo del 2015, 10.

⁹⁵ Ecuador Corte Nacional de Justicia de Pichincha Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, "Sentencia", en *Juicio n°*: 06282-2014-4616 2014, 27 de octubre del 2015, 25.

⁹⁶ Art. 5 numeral 21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

⁹⁷ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76.

en el principio constitucional de inocencia, contemplado por el Art. 76.2, de la Constitución de la República del Ecuador. La defensa sostuvo que la inocencia no debe ser probada en ninguna etapa del juicio, peor en esta etapa, de tal manera que es Fiscalía quien está obligada a probar que realmente su patrocinada es autora del hecho que le acusa.⁹⁸ No obstante, durante la etapa de instrucción fiscal, no se llevó a cabo ningún impulso o aporte que contribuya a obtener elementos de descargo a favor de Enma. Las pruebas fueron únicamente las pericias y versiones que Fiscalía realizó a fin de obtener elementos de cargo en contra de Enma. En otras palabras, para el defensor público era un caso más, y el discurso diseñado para la defensa no era distinto del utilizado en muchos otros casos más que estuvieron a su cargo, sin tomar en cuenta las especificidades del caso de estudio.

Por todo esto, se aplicó una pena desproporcionada, de 26 años, modificada y agravada a 34 años y seis meses de privación de la libertad, por consideraciones del Tribunal Penal que existían circunstancias que la víctima del delito de asesinato era un ser indefenso. En ningún momento de la etapa procesal se consideró las circunstancias sociales de Enma, su condición de mujer indígena y víctima, siendo una persona con doble vulneración, motivos suficientes que la impulsaron a tomar esta decisión.

Sin duda, el Estado ejerce la facultad privativa de investigar integralmente los hechos que son puestos en su conocimiento, a través del representante del Ministerio Público. Dicho de otra forma, el Agente Fiscal tiene el deber objetivo de realizar la investigación a partir de que llega a su conocimiento la noticia de un crimen, a fin de recabar los elementos de convicción suficientes de cargo como de descargo durante el proceso penal, los mismos que tomarán su valor probatorio en la audiencia de juzgamiento a fin de conocer la verdad real.⁹⁹

Asimismo, el Estado en función de velar por el acceso equitativo a la justicia ha procurado establecer formas y mecanismos judiciales que garanticen los derechos fundamentales que gozan todas las personas por su condición de personas. En este marco de *equidad* frente a la Fiscalía se desarrolla el proceso penal, donde el deber del juez es valorar apropiadamente la prueba presentada por las partes procesales en la etapa de juicio. Aquí, la finalidad de la prueba es llegar a la verdad material, mediante medios o herramientas probatorias que pueden ser testimoniales, documentales, y

⁹⁸ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Chimborazo Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, "Sentencia", en *Juicio n°: 06282-2014-4616* 2014, 04 de marzo del 2015, 11.

⁹⁹ Eduardo Jauchen, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, (Buenos Aires: RUBINZAL – CULZONI EDITORES, 2004), 26.

periciales. Consecuentemente, la labor de los juzgadores es sentenciar conforme a las pruebas aportadas, por lo tanto, su deber es actuar con completa imparcialidad en el proceso penal, ya que en sus manos se encuentra valorar objetiva y concomitantemente deliberar precautelando siempre el debido proceso. En lo principal, debe garantizar de esta manera el respeto por los derechos fundamentales de las partes procesales, situación que no se observó en la sustanciación del proceso penal de Enma S.

Recibida esta sentencia, se apela ante la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia, la misma que con fecha 13 de abril del año 2015 rechaza el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba. Ante la confirmación de la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, se plantea ante la Sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito el recurso de casación, el mismo que fundamentado por la Dra. Lolita M., que se aplique una pena de catorce años seis meses de privación de la libertad junto a la aplicación de las reglas que contiene el convenio 169 de la OIT. Es decir que durante el tiempo de cumplimiento de la pena, tiene derecho a participar en su vida comunitaria, (sesiones, mingas, trabajos comunitarios).¹⁰⁰

En el análisis que realiza la Sala de la Corte Provincial de Chimborazo se indica lo siguiente:

En el caso sub judice, resulta imposible considerar la circunstancia de excusa de la acusada al manifestar su defensor en la audiencia oral pública y contradictoria, que su patrocinada fue víctima de violación de parte de su padrastro y por encontrarse afectada, perturbada arrojó al tierno niño al canal de riego, lo cual no le deslinda del ilícito y de su responsabilidad, toda vez que no ha demostrado procesalmente encontrarse inmersa en el art. 35 del COIP por lo que dicha alegación carece de sustento jurídico. Al considerarse esta una circunstancia de excusa para este tipo de actos sería fomentar la impunidad en este tipo de hechos criminales y proveyendo una salida legal para todas las personas que todavía ejercen actos físicos agravantes en contra de indefensos seres, vulnerando de esta manera sus derechos garantizados por la Constitución”.¹⁰¹

El caso de Enma S. tiene similitud con un caso ocurrido en la Argentina, conocido como el caso de Reyna Maraz Bejarano. Reyna fue condenada a prisión perpetua en calidad de coautora por el delito de homicidio doblemente agravado de

¹⁰⁰ Ecuador Corte Nacional de Justicia de Pichincha Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio n°*: 06282-2014-4616 2014, 27 de octubre del 2015, 28.

¹⁰¹ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Chimborazo Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, “Sentencia”, en *Juicio n°*: 06282-2014-4616 2014, 04 de marzo del 2015, 12.

Limber Santos Villca. En primera instancia, al igual que en el caso de Enma S., no se considera que sea una mujer indígena, quechua hablante, víctima de violencia de género por parte de su cónyuge, con un nivel de escolaridad nulo (no sabía leer, ni escribir) de escasos recursos económicos, e inmigrante de Bolivia, quien vivió la mayor parte de su vida en una zona rural cercana a un poblado llamado Avichuca.¹⁰²

Estas circunstancias la ubicaron en un estado de doble vulneración al igual que Enma S., ambas discriminadas por el derecho penal, a través de la administración de justicia que actuó con falta de sinergia al emitir una sentencia con una condena de prisión perpetua, sin considerar los presupuestos de su contexto de vida. Posteriormente, se interpone el recurso de casación ante el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, se acepta el recurso interpuesto y se absuelve a Reyna Maraz Bejarano, ordenando su inmediata libertad.

Desde este punto de vista se percibe que, a pesar de que el derecho penal fue constituido para establecer un control y orden social teniendo como fin castigar lo ilícito, se deben considerar una multiplicidad de factores que son trascendentales en casos como de Enma S. Así, se puede trascender el hecho de castigar y tomar en consideración hechos relevantes que pueden propiciar el cometimiento de otro acto.

El análisis de los jueces del Tribunal Penal como de la Sala de lo Penal de la ciudad de Riobamba forma parte del criterio discriminatorio, machista y desproporcional que prevaleció durante toda la sustanciación del proceso penal. Desde el inicio hasta el final se puede constatar cómo existió discriminación, por varios factores. El factor principal, ser una mujer indígena, de clase social vulnerable, misma que no culminó sus estudios primarios, trabajó desde niña porque su madre abandonaba el hogar, por lo cual asumió la responsabilidad de hacerse cargo de sus hermanos menores y cubrir varias necesidades. Además, no contaba con recursos económicos, ni con una red de apoyo familiar. Fue una mujer sumisa, tenía una vida rutinaria, inmersa en violencia intrafamiliar por parte de su madre y su padrastro quien la agredió físicamente varias veces, abusó sexualmente de ella, acto que quiso repetir en más ocasiones, aun cuando se encontraba viviendo en la misma casa donde vivía su mamá, su hijo, sus hermanos y ella.

¹⁰² Argentina Tribunal Casación Penal, *Sentencia* 69.680/ 2016, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 2016, 56 275, BOE-A-2016-69.680.

4. Miedo y traumas posteriores a la comisión del delito

Todo ser humano ha sido víctima de un algún ilícito, o conoce alguna persona o familiar que ha sido víctima de actos considerados como contravenciones y delitos. De acuerdo al grado de peligrosidad y las circunstancias al cometer el hecho, las infracciones pueden ir desde un hurto de una billetera, hasta un asesinato o violación, por mencionar algunos ejemplos. Ciertamente, el compendio de delitos y contravenciones es extenso, y no todas las personas reaccionan de la misma manera ante estas situaciones; las respuestas pueden ir desde una minimización del hecho o una maximización, dotándolo de una dimensión de acuerdo al daño causado. En otras palabras, no todas las formas de reacción ante un hecho delictivo son iguales, ya que dependen de diversos factores.

Si bien cada ser tiene sus particularidades en la manera de reaccionar ante un hecho delictivo, es preciso analizar el impacto psicológico en una víctima de violación, pues son diversos los traumas y miedos que tiene que sobrellevar una víctima de violación, más aún al haber cometido un delito de asesinato en contra de su hijo, como el caso de Enma S. El hecho ocurrió el 2 de noviembre del 2014, cuando salió de Santa Rosa de Chuquipogollo dirigiéndose a la ciudad de Riobamba. Aproximadamente a las 09h00 de la mañana llevó a su hijo Luis Sebastián S. hasta el canal de riego de los Álamos de la ciudad de Riobamba, donde lugar procedió a arrojarlo. Posteriormente, fue donde su tía quien le preguntó sobre su hijo, ante lo cual Enma respondió que le dejó donde su madre en Santa Rosa de Chuquipogollo. Al siguiente día, Enma se trasladó nuevamente a la ciudad de Riobamba, con dirección al Comando de Policía de Chimborazo ubicado en el sector la Dolorosa. Allí fue donde por primera vez le contó a alguien sobre lo sucedido.¹⁰³

Ingresó al lugar, vio a un policía y dijo: “me vengo a entregar porque maté a mi hijo, él está en el canal de riego de la Dirección de estudios”. Luego llegaron dos policías que le llevaron a la Fiscalía General del Estado con sede en el cantón Riobamba. Estos le tomaron su versión de los hechos y se trasladaron al lugar que había referido Enma. No obstante, al no encontrar el cuerpo, Fiscalía solicitó la colaboración del Grupo de Operaciones Especiales (GOE) para continuar la búsqueda. Con todo, pudieron avanzar únicamente hasta la Brigada Blindada Galápagos, anocheció y a las

¹⁰³ Enma S. 2020, entrevistada por la autora. Para leer la entrevista completa ver Anexo 2.

19h30 se retiraron del lugar. Al día siguiente, iniciaron nuevamente la búsqueda en coordinación con personal del GOE y la DINASED, desde las 06h00 en el lugar que indicó Enma, solicitando al Consejo Provincial de Chimborazo que secaran el canal de riego. Se encontró el cuerpo aproximadamente a las 12h30 en el barrio la Inmaculada perteneciente al cantón Guano de la provincia de Chimborazo, específicamente en la calle 20 de diciembre.

Enma estuvo presente en todas las diligencias de búsqueda del cuerpo de su hijo. En la Fiscalía aceptó voluntariamente haberlo empujado al canal de riego, aceptación con la que inicia la imputación penal en su contra. Cuando se le preguntó cómo se encontraba dijo que siempre estaba muy triste y preocupada porque no sabía qué pasaría con ella al cumplir su condena, pero que ha tratado de tranquilizarse y buscar ayuda. Estaba recibiendo terapia psicológica en la cárcel una vez a la semana: “yo estoy sola, mi mamá nunca me ayudó cuando yo estaba con mi hijo y menos ahora que estoy presa”. Enma siempre trataba de evadir el tema del asesinato de su hijo. Al preguntarle de manera más concreta, qué sentía por la muerte de su hijo, qué le llevó a hacer lo que hizo, Enma dijo que ella y su hijo sufrían mucho, su mamá le mezquinaba hasta el agua; refiere:

Era difícil irme a trabajar con mi hijo a Riobamba, como yo vendía lo que salga más baratito en el mayorista, como tomate, cebolla, pimiento, así ese tipo de cositas tenía que caminar, a veces venían los municipales a decir que nos vayamos, el sol, el frío que toca aguantar es lo peor y eso tenía que aguantar con mi hijo, como era chiquito tenía que andar cargándole en la espalda.¹⁰⁴

Además, manifiesta que soportaba todos esos maltratos porque no tenía a donde irse, y sufría a diario porque veía a su agresor en la misma casa donde dormían todos:

Yo tenía que verle todos los días a ese hombre (refiriéndose a su padrastro). Él era grosero conmigo y con mi hijo, le decía cosas a mi mamá para que me hable, todos los días para mí era un calvario, no me dejaba ni coger el agua para bañarme, me decía que se gasta y que ella no tiene la obligación de mantenerme, que me largue con mi hijo.¹⁰⁵

Ese 2 de noviembre del 2014, ella viajó a Riobamba con su hijo Sebastián S. Se encontraba muy triste, desesperada, porque no contaba con nadie que le ayude. Entre llanto comenta: “yo quería liberar a mi hijo de todo ese sufrimiento, después me iba a matar, pero fui cobarde y no pude, lo único que quería es que mi hijo no sufra lo que yo

¹⁰⁴ Ibíd.

¹⁰⁵ Ibíd.

estaba sufriendo”.¹⁰⁶ Afirma no recordar bien cómo lo empujó, pues solo recuerda cuando le vio en el canal de riego, entonces se fue asustada del lugar. Después de este acto, Enma refiere que pudo irse a otra ciudad, o esconderse en su comunidad, y no estuviera pagando una condena privativa de libertad. No obstante, su conciencia no le permitía estar tranquila. Pensó que solo entregándose aliviaría toda esa culpa que sentía por la muerte de su hijo, por lo cual fue a la policía y contó de manera pormenorizada cómo sucedieron los hechos para que las autoridades pertinentes pudieran encontrar el cuerpo.

En el presente caso, la acusada atravesó diversas situaciones de violencia que le impulsaron a tomar una decisión fatal que culminó con dos hechos: la vida de su hijo y la privación de libertad por 14 años y seis meses. Como se había mencionado, las reacciones de cada ser humano ante situaciones de angustia y vulnerabilidad son muy complejas, más aún cuando esta circunstancia es afrontar un delito. Enma tiene diferentes reacciones; ella llora durante su relato y decía que empujó a su hijo porque no quería verle sufrir más. En el informe psicológico practicado por parte del perito, señor Ps. Cl. Diego Arboleda Álvarez indica lo siguiente:

La procesada le refirió que el 02 de noviembre del 2014, había tenido problemas con su madre en su casa, procediendo a salir de dicho lugar en compañía de su hijo; que no sabe lo que le pasó por su mente en ese momento cuando empujó al canal al menor, para luego dirigirse a donde su tía, quien al preguntarle por su vástago, le contestó que se había quedado en casa con su abuelita, asegurándose además que realizó dicho acto porque creyó que era lo mejor para el niño ya que no tenía padre, que en ese momento no tuvo pérdida de conciencia; la procesada se encontraba orientada en tiempo, espacio y persona, sus funciones superiores se encontraban sin alteración, con un buen estado de percepción de la realidad y conciencia en la toma de sus decisiones, es decir que el acto lo ejecutó con plena conciencia.¹⁰⁷

Esto tiene relación con la entrevista realizada al perito Diego Arboleda psicólogo clínico quien realizó la valoración psicológica a Enma. Arboleda considera que los antecedentes de la vida pasada de Enma afectaron en la actual toma de decisiones, pues indica que los antecedentes de vida de la peritada tendrían una influencia directa en la toma de decisiones, no solo en la actualidad sino desde hace tiempo atrás, inmediatamente después de haber sufrido la agresión sexual. Arboleda argumenta que está documentado científicamente que, mientras más temprano sucede la agresión, más

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Chimborazo Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, “Sentencia”, en *Juicio n°: 06282-2014-4616* 2014, 04 de marzo del 2015, 6.

fuertes son las implicaciones en la vida posterior de la víctima y la habilidad para tomar decisiones, las mismas que se agravan en la vida adulta o cuando existen cambios fundamentales en el estilo de vida y el embarazo puede ser uno de estos.¹⁰⁸

Enma tomó la decisión de actuar en contra de la integridad personal de su hijo, porque esto sería parte de una acumulación emocional según el perito,¹⁰⁹ pues manifiesta que sí se podría considerar que, después de la agresión sexual, si Enma no recibió ayuda psicoterapéutica que le ayude a sobrellevar su estado emocional, todas las implicaciones emocionales directas sufridas después de la agresión sexual se estarían acumulando. Así, en un momento de eclosión emocional, habría atentado contra la integridad física de su hijo, lo cual sería determinante en este caso.

Enma refirió en la entrevista que su madre nunca le creyó cuando ella le contó todo acerca de lo que le hizo su padrastro, al contrario, realizó comentarios que cuestionaban el comportamiento de Enma, la culpó y no le brindó ninguna ayuda, a pesar de los golpes y del embarazo. Arboleda refiere que esta falta de apoyo sí tiene implicaciones en la decisión de Enma, pues considera que los modelos de crianza y relaciones vinculares de padres a hijos es parte fundamental para el óptimo desarrollo emocional, siendo este el lugar donde se afianzan los lazos afectivos y donde los niños se sienten seguros y protegidos. Por esto, al observar que después de pasar una ofensa sexual y no encontrar el apoyo necesario en uno de los miembros de los cuales se esperaba apoyo y protección, se genera un desajuste emocional de tristeza y desesperación para luego convertir dichas emociones en retaliaciones que van dirigidas expresamente en quienes las víctimas piensan que les han fallado. Si bien no presentan agresiones físicas y emocionales directas, buscan agresiones en terceras personas y así llegar su mensaje de dolor.¹¹⁰

Durante su relato, Enma se lamentó por lo que hizo; lloró todo el tiempo, pero también manifestó encontrarse enfocada en cumplir su condena, salir a trabajar y salir adelante. También existe otro hecho que manifestó, quiere que su padrastro pague por lo que le hizo, que él esté preso por el delito cometido en contra de ella. Expresa que solo así ella se sentirá de alguna manera más aliviada, porque él fue un hombre que destruyó su vida y no era justo que mientras ella esté cumpliendo una condena él siga libre como si ni hubiera hecho nada.

¹⁰⁸ Diego Arboleda, entrevistado por la autora. Para leer la entrevista completa ver Anexo 3.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ *Ibíd.*

5. Condición socio económica y étnica de la mujer en sociedad

Enma desarrolló su infancia, adolescencia y juventud en el campo de la comunidad de Santa Rosa de Chuquipogollo, cantón Guano, perteneciente a la provincia de Chimborazo. Apenas pudo culminar la primaria, pues desde que tenía 12 años de edad tuvo que trabajar para sustentar su hogar y a sus hermanos menores. Empezó este trabajo en la agricultura a corta edad, por lo que varios derechos fueron limitados: educación, desarrollarse en un ambiente sano, seguro, con su familia, sin que pueda acceder al cariño de su madre y padre. Enma no conoció a su padre, solo sabe por su madre que él las abandonó pero no conoce el motivo, y su madre nunca fue cariñosa con ninguno de hijos, pues únicamente se preocupaba por su padrastro. Es por esta razón que abandonaba a sus hijos por largas temporadas, sin importarle cómo sobrevivan.

Enma mencionaba en varias ocasiones que se sentía responsable de cuidar a sus hermanos: “en vez que mi mamá se haga responsable de mis hermanos y de mí también, esa responsabilidad fue mía de verles a mis hermanos, yo fui como la mamá de mis hermanos porque yo soy la mayor”.¹¹¹ Tanto Enma como sus hermanos se acostumbraron al comportamiento de su mamá, ya que ellos también recibían ayuda de su abuela materna Rosa Santamaría, quien de vez en cuando les compraba comida o les llevaba a comer en su casa:

Mi abuelita nos decía que escondamos las cosas de comida porque mi mamá nos venía a quitar, mi abuelita sabía decir, esa sinvergüenza en lugar de traerles a ustedes comida mejor viene y les quita, no le da cargo de conciencia, por eso escondíamos las cosas cuando mi mamá venía para que ella no cocine, y ya cuando se iba otra vez sacábamos las cosas para comer con mis hermanos, o a veces escondíamos donde mi abuelita y nos íbamos donde ella.¹¹²

Como se puede observar, esta situación de vulnerabilidad sistémica, gradual y creciente, siempre la puso en desventaja. Trabajaba en un restaurante desde los 18 años y después empezó a vender verduras afuera de los mercados de Riobamba de forma ambulante. Así podía subsistir ella y su hijo, a la vez que colaboraba en el hogar para el gas y la comida, pero su mamá se enojaba por todo. Siempre le decía que se vaya de la casa, no les daba de comer, ni le permitía cocinar porque decía que el gas se gastaba. En raras ocasiones Enma dejaba a su hijo con su abuela, ya su madre decía que no tenía tiempo y que le lleve porque no podía cuidarle:

¹¹¹ Enma S. 2020, entrevistada por la autora. Para leer la entrevista completa ver Anexo 2.

¹¹² *Ibíd.*

Era difícil irme a trabajar con mi hijo a Riobamba, como yo vendía lo que salga más baratito en el mayorista, como tomate, cebolla, pimiento, así ese tipo de cositas, tenía que caminar, a veces venían los municipales a decirnos que nos vayamos, el sol, el frío que toca aguantar es lo peor y eso tenía que aguantar con mi hijo, como era chiquito tenía que andar cargándole en la espalda.¹¹³

Enma manifiesta que soportaba todos esos maltratos porque no tenía a dónde ir; adicionalmente, sufría cada día porque vía a su agresor en la misma casa donde dormían todos:

Yo tenía que verle todos los días a ese hombre (refiriéndose a su padrastro) él era grosero conmigo y con mi hijo, le decía cosas a mi mamá para que me hable, todos los días para mí era un calvario, no me dejaba ni coger el agua para bañarme ni lavar la ropa, me decía que se gasta y que ella no tiene la obligación de mantenerme, que me largue con mi hijo”.¹¹⁴

Esta realidad que vivió Enma es similar a las de varias mujeres indígenas que viven en el campo, en condiciones de extrema pobreza, que abandonan sus estudios por trabajar y subsistir. De acuerdo con un estudio realizado por la CIDH:

Los diversos obstáculos que las mujeres indígenas enfrentan son, por ejemplo: muy pocas oportunidades para acceder al mercado laboral, dificultades geográficas y económicas singulares para tener acceso a servicios de salud y educación, acceso limitado a programas y servicios sociales, tasas elevadas de analfabetismo, escasa participación en el proceso político y marginación social. La exclusión política, social y económica de las mujeres indígenas contribuye a una situación permanente de discriminación estructural, que las vuelve particularmente susceptibles a diversos actos de violencia.¹¹⁵

Como puede observarse, las mujeres indígenas se esfuerzan al máximo en sus laborales diarias. La gran mayoría vive en extrema pobreza, misma que conlleva discriminación, sin atención médica, con violencia física y psicológica en el hogar. Al respecto, Tarcila Zea, indígena quechua del Perú, expresó estas problemáticas que viven las mujeres indígenas por medio de la Conferencia Internacional de las Mujeres, realizada en el Cairo en 1994: “La marginación y la opresión al que se ha sometido a

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Las Mujeres Indígenas y sus Derechos Humanos en las Américas” (Washington DC: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017), 1-2, cidh.org/MujeresIndigenas.pdf.

nuestros pueblos, afecta especialmente a las mujeres, quienes no han tenido acceso a la educación, profesionalización e información”.¹¹⁶

Ciertamente, las condiciones de pobreza en que se encuentran inmersas las mujeres indígenas no solamente se dan a nivel regional, sino que es una realidad atañe a todos los Estados, principalmente en Latinoamérica. Por esto, debe ser considerado de atención prioritaria, pues el sistema capitalista neoliberal ha influido en las condiciones de vida del pueblo indígena que se ve gravemente afectado por la pobreza. Las condiciones que sufren las mujeres indígenas por la discriminación siguen siendo parte de la lucha de reivindicación de sus derechos, ya que esta discriminación las hace víctimas, sexualmente más vulnerables. Esto se vuelve aún más complicado por encontrarse en lugares donde no existe poblados contiguos, iluminación, no poseen información respecto a su sexualidad o cómo protegerse, por lo que son presas fáciles para los agresores sexuales. Por tanto, es deber del Estado ecuatoriano incorporar políticas que contribuyan a disminuir estas brechas de desigualdad, evaluando aspectos culturales que forman parte de los pueblos indígenas desde su cosmovisión. También se debe romper con estereotipos, prejuicios y discriminación, incorporando un sistema que garantice el efectivo goce de sus derechos, siendo el principal el acceso a la educación, la salud y acceso a la justicia.

6. Despenalización del aborto

En la mayoría de países de legislaciones pro derechos se asume al aborto como una decisión individual que es acompañada por el Estado de forma efectiva, oportuna e inmediata. En cambio, en el medio ecuatoriano, el tema provoca discusiones enardecidas entre quienes piden su legalización y quienes exigen que siga siendo delito, a partir de varios enfoques, aristas y determinismos, por lo cual es posible hacer desde un análisis sociológico, moralista, hasta un análisis con tintes religiosos y así obtener un análisis jurídico.

La mayoría de personas en el país se considera que el aborto no debe despenalizarse, lo cual fundamenta en conceptos religiosos, sociales y culturales que han influenciado el pensamiento de esta sociedad. Por ello, aún se sigue impidiendo la

¹¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Las Mujeres Indígenas y sus Derechos Humanos en las Américas” (Washington DC: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017), 12, cidh.org/MujeresIndigenas.pdf.

penalización del aborto, sin profundizar en las repercusiones de criminalizar una decisión de las mujeres, el aborto, atentado al derecho de libertad sexual y productiva. Todo esto se vuelve palpable en el caso de Enma S., a quien se le impuso tener a su hijo producto de la violación de su padrastro.

En la entrevista mantenida con Enma, manifestaba entre lágrimas que si ella hubiera tenido la posibilidad de abortar lo hubiera hecho, pero no sabía dónde hacerlo:

Nadie me ayudó cuando yo necesitaba en ese momento, le dije a mi mamá lo que me hizo mi padrastro, pero ella solo salió más brava conmigo y no me creyó, yo tenía miedo no quería tener un hijo, era muy joven tenía 18 años, después pasaron los meses y solo la barriga creció. Cuando me enteré que estaba embarazada, ya había tenido tres meses.¹¹⁷

Le pregunté si durante su embarazo se realizó los controles prenatales y contestó “nunca me hice controlar donde un doctor, después mi hijo nació y tuve que hacerme cargo de él, mi mamá se portaba mal conmigo, nunca me ayudaba con mi hijo”.

Enma no quiso ser madre a la fuerza. No quiso tener un hijo y menos que este sea producto del abuso sexual perpetrado por su padrastro, acto que perjudicó aún más la situación de indefensión y vulnerabilidad que ya tenía Enma. Por tales razones, no contaba con información que le permita denunciar el hecho que fue víctima. Tampoco podía acceder a un sistema de salud para realizarse un aborto seguro, pues la normativa legal que rige en el Ecuador no permite que el aborto sea realizado por un profesional médico en un casa de salud del gobierno, puesto que esta práctica es condena según lo establecido en el artículo 149 del COIP: “La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”.¹¹⁸

Es decir, si Enma hubiese consentido que se realice un aborto, de igual manera hubiese sido condenada por considerarse delito en la legislación vigente, con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. En caso de que lo hubiera realizado un profesional de la salud, la sanción va desde uno a tres años de prisión. Únicamente en dos casos existe el aborto no punible, como lo establece el artículo 150 del COIP:

Art. 150.- Aborto no punible. - El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su

¹¹⁷ Enma S. 2020, entrevistada por la autora. Para leer la entrevista completa ver Anexo 2.

¹¹⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero del 2014, art. 149.

cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.¹¹⁹

Solamente bajo estas dos circunstancias se permitía el aborto en Ecuador, en los demás casos, las mujeres son criminalizadas por abortar voluntariamente, pero esta realidad no les concierne solo a las mujeres adultas sino también a las niñas que son víctimas de violación. La Corte Constitucional de Justicia declaró la inconstitucional de la frase establecida en el artículo 150 numeral 2 del COIP “en una mujer que padezca de una discapacidad mental” y despenalizó el aborto consentido en casos de violación contenido en el artículo 149 del COIP. Esta decisión marca un hito en la legislación del Ecuador, pues, obliga a los legisladores a cambiar el COIP y todas las leyes que involucren su tipificación

De acuerdo al Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos (INEC) el aborto es considerado la segunda práctica ginecológica realizada de manera más frecuente en Sudamérica. Así también, el INEC muestra datos anuales de las prácticas de abortos, y estima que cada año se ejecutan 200 abortos en forma legal. Sin embargo, la cifra aumenta en abortos practicados en la clandestinidad, pues las condiciones en las cuales son intervenidas no garantiza la vida de las mujeres. En estos casos, las complicaciones de salud ocurren después de practicado el aborto, ya que la mayoría de lugares no cuentan con los sistemas mínimos de salubridad, ni con los equipos médicos para precautelar la salud de las mujeres.¹²⁰

Pese a estas circunstancias, las mujeres en Ecuador hasta antes de la ley de aborto por violación, gracias a la sentencia de Corte Constitucional seguían practicándose abortos clandestinos por el escenario de criminalización, pues el aborto consentido es un tipo penal que sanciona con cárcel a quien lo practica y a quien lo consiente. Empero de todo lo analizado, el estado ecuatoriano no toma en consideración la integridad personal de las mujeres que practican el aborto de forma clandestina, por lo que ellas prefieren exponer su vida antes que pagar una condena.

¹¹⁹ *Ibíd.*, art. 150.

¹²⁰ Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, “Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres–ENVIGMU”, noviembre 2019, 17, https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/pdf.

En cuanto a los orígenes de la criminalización,¹²¹ desde la edad media casi no existían mujeres delincuentes y los delitos que cometían estaban relacionados a la moralidad. Por tanto, ni siquiera existían lugares para encerrarlas, mientras que a las mujeres de buena fama se las mandaba a monasterios, conventos o sitios religiosos.¹²² En el caso de las mujeres que cometían algún delito, estas eran condenadas a muerte; en delitos relacionados con la reputación, con la mala vida, se las castigaba con azotes en las plazas, vergüenza pública, y destierro.¹²³ Las penas de muerte impuestas eran brutales, ya que se las condenaba a ahorcamiento, a la guillotina entre otras, después de haber pasado por una serie de torturas.¹²⁴

La población penitenciaria de mujeres en la actualidad que han realizado un aborto es alarmante, tal como lo muestran los datos expuestos por la fiscalía general del Estado, la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura:

¹²¹ En la edad moderna con la Reforma que vivió el catolicismo, se condenó con gran dureza, el amancebamiento o la prostitución, definidos como delitos de lujuria, lo que provocó un aumento en la criminalidad del sexo femenino, se diseñan las primeras casas de acogidas o de arrepentidas en Europa, posteriormente en el año 1608 se crea la primera cárcel de mujeres en donde se castigaba cruelmente a las presas, el régimen carcelario que se manejaba era recio y muy estricto, desde que ingresaban las presas les quitaban su indumentaria, cortaban su cabello, les obligaban a ponerse vestimenta con tela dura.

En el Ecuador, de 1830 hasta 1912 no existieron políticas penitenciarias, ciertos procedimientos para delincuentes se seguían a través de decretos dictados por cada gobierno de turno. Durante los primeros años de formación como República, bajo el mando del presidente Juan José Flores, el país se quedó devastado a consecuencia de la guerra de la independencia por ello no fue un tema primordial o necesario, que continuó hasta el año 1860. Únicamente existían calabozos, o mazmorras en donde metían a los presos, estos lugares eran considerados sitios seguros para encerrar a los delincuentes ya que su fin era dominar, someter al preso mediante el castigo físico, tenían como características principales ser oscuras y lúgubres, donde no entraba suficiente aire, ya que eran construcciones subterráneas puesto que se buscaba atormentar. Se flagelaban a los reclusos hasta su muerte con latigazos, desmembración de las partes del cuerpo, mutilaciones, ahorcamientos, etc. Un claro ejemplo de estos sitios se encontraba en la ciudad de Quito existió el presidio de Santa Marta que fue creado en el siglo XVI y duró hasta el siglo XX, posteriormente en el año 1833 se decretó que se fundaran cárceles públicas en las capitales de las provincias. En el año 1874 Gabriel García Moreno inauguró el Panóptico en la ciudad de Quito, con el nombre de penitenciaría nacional de Quito, en lo que se refiere a las mujeres prisioneras solo se indica a leves rasgos que el número era escaso y casi la mayoría estaban por delitos de asesinato, tanto fue así que el número de reclusas fue alrededor de 16. Con el surgimiento de los movimientos feministas en Ecuador también se fueron estableciendo políticas a favor de las mujeres desde el año 1904, lo que, poco a poco, fue causando, en el sexo femenino, un sentido de empoderamiento, que contribuyó al despojo de las cadenas de opresión del machismo que se estaba tan arraigado bajo justificaciones falaces apoyadas en fundamentalismo religiosos, culturales, sociales, incluso jurídicos que lo permitieron en aquella época.

En 1912 se perseguía a las mujeres por delitos como el adulterio o la prostitución, con el fin de frenar las luchas feministas que emprendían, desde 1913 a 1920 los delitos cometidos por las mujeres eran en la gran mayoría robos de dinero, comida y joyas, estas mujeres eran llevadas a Santa Marta y en algunos casos eran trasladadas a la Penitenciaría Nacional -el Panóptico- donde existía un departamento para las mujeres condenadas a reclusión mayor o menor, lugar en cual cumplían sentencias por delitos de asesinatos u homicidios, hasta 1919 se determinó que existía un índice de mujeres no mayor a 17.

¹²² María Isabel Viforcós, *Los recogimientos de centros de integración social a cárceles privadas* (Sevilla: Universidad de León, 1993), 44.

¹²³ Vicenta Cervello Donderis, *Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género* *Revista General de Derecho Penal*, n° 5 (2006) : 1-2, <http://www.cienciaspenales.net>

¹²⁴ Michael Foucault, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, 148.

Según los registros presentados por la Fiscalía General del Estado a Human Rights Watch, entre agosto de 2014 y junio de 2019, esta institución presentó cargos por aborto consentido en 286 casos. De estos, 122 eran cargos específicamente contra mujeres que supuestamente habían tenido un aborto. La Defensoría Pública de Ecuador informó a Human Rights Watch que, entre 2016 y 2019, brindó asistencia legal a 89 mujeres que fueron juzgadas por aborto consentido. El Consejo de la Judicatura, por su parte, indicó a Human Rights Watch que entre agosto de 2014 y junio de 2019 se abrieron 122 casos en los cuales no se llegó a una conclusión, mientras que 99 casos se habían “resuelto”, aunque el Consejo no explicó qué significaba esto.¹²⁵

La criminalización a la libertad sexual de las mujeres contenido en el aborto voluntario ha dado lugar a incontables vulneraciones a sus derechos, pues el Estado no garantiza la salud reproductiva y sexual, únicamente se enfoca su rol punitivo. Es por esto que se ubica al aborto con un tipo penal que debe ser sancionado, siendo parte de la estigmatización y la discriminación que sufren las mujeres en un estado patriarcal y moralista. En este contexto, las afirmaciones van desde el señalamiento mediático, hasta la persecución religiosa y política, sin detenerse a analizar el grado de afectación en la integridad física de las mujeres. Esta omisión del bienestar de las mujeres es crucial, pues el daño puede ser irreparable, sin mencionar la problemática de tener acceso a instituciones de salud que realmente brinden un servicio de calidad. El 28 de abril de 2021 la Corte Constitucional de Justicia en Ecuador emite la Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS, donde:

se analiza la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal relativos a la penalización del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación y declara la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de una discapacidad mental” contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP.¹²⁶

Respecto a estos tipos penales se presentaron varias acciones de inconstitucionalidad:

Las accionantes consideran inconstitucional la frase “que padezca de discapacidad mental”, contenida en el numeral 2 del artículo 150 del COIP. Además, solicitan que “por el principio de unidad normativa”, después de la frase “una mujer que ha consentido en ello” del artículo 149 del COIP, debería incluirse: “excepto en caso de

¹²⁵ Human Rights Watch, “¿Por qué me quieren volver hacer sufrir?” *El impacto de la criminalización del aborto en Ecuador* (Estados Unidos de América: Human Rights Watch, 2021), 3, https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2021/07/ecuador0721sp_web.pdf.

¹²⁶ Ecuador Corte Constitucional de Justicia de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio n.º*: No. 34-19-IN, 28 de abril de 2021, 1.

violación, incesto, malformación grave del feto y embarazo por inseminación forzada.¹²⁷

Como se puede observar, se defiende el derecho a la integridad personal de las mujeres, siendo un derecho reconocido en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 66. Por lo tanto el Estado es responsable de garantizar esta protección integral, procurando una vida libre de violencia en todo ámbito, y la violación constituye un hecho que vulnera todos estos aspectos, de manera física, psicológica de la víctima, que se ve afectada sustancialmente por este hecho. Si a esta circunstancia se añade una maternidad impuesta, esto último conlleva a situaciones de discriminación y desigualdad. Se argumentó que de conformidad con lo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

La penalización de aborto en casos de violencia sexual, violación e incesto, aumenta el sufrimiento de las mujeres víctimas y sobrevivientes de violencia sexual, quienes ya sufrieron daños en todas las dimensiones de su integridad por la violencia sexual que sufrieron. Por tanto, la penalización del aborto en estos casos implica una forma de tortura en sí misma”. Añaden que “obligar a las mujeres a sufrir en su cuerpo las consecuencias del delito del que han sido víctimas supone reproducir su victimización e implica infligir daños psicológicos y morales que configuran un trato cruel, inhumano y degradante.¹²⁸

Lo indicado tiene un aterrizaje teórico-jurídico en el caso de Enma S., pues es un claro ejemplo de la constante tortura que tuvo que vivir esta joven mujer indígena, quien fue obligada a tener un hijo producto de la violación de su padrastro. Este hecho, sin duda tuvo un final devastador para esta mujer, mismo que pudo ser evitado a través del aborto consentido, tal como lo expresó, por ser un hijo no deseado. Indudablemente, la justicia tiene tareas pendientes cuando se condena a una mujer que no tenía previsto asumir una responsabilidad materna y lo sucedido transgrede no solo su sexualidad sino toda su integridad personal.

7. ¿Cómo entender el infanticidio producto de una violación?

El infanticidio, como definición general, según la Real Academia Española “es la muerte dada violentamente a algún niño o infante”;¹²⁹ la definición de infante del

¹²⁷ *Ibíd.* 7.

¹²⁸ Ecuador Corte Constitucional de Justicia de Pichincha, “Sentencia”, en *Juicio n.º*: No. 34-19-IN, 28 de abril de 2021, 9.

¹²⁹ Manuel Domínguez Larraín, *El infanticidio desde el punto de vista penal y médico legal* (Santiago de Chile: So. Imp. y Lit. Universo) 1922, 9-10.

mismo diccionario “es el que no ha llegado a la edad de siete años”, la cual guarda concordancia con lo tipificado en el código civil ecuatoriano:

Art. 21.- Llamase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.¹³⁰

El infanticidio en Ecuador estaba tipificado en el Código Penal de 1971 que sostenía lo siguiente:

Art. 453.- La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será reprimida con la pena de reclusión menor de tres a seis años. Igual pena se impondrá a los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito¹³¹

Esta apreciación del código direcciona únicamente a castigar a la mujer, incluyendo a los abuelos maternos que hayan dado muerte al recién nacido. En ninguna parte se menciona al padre pues, en el caso de la muerte de un menor, se lo eximía de toda responsabilidad. Este artículo estuvo vigente en el Ecuador hasta 2014. Anteriormente, el derecho fue aquiescente con prácticas machistas y misóginas que se encontraban tipificadas en diferentes códigos y leyes ecuatorianas. Por lo mismo, favorecía al sexo masculino, ya que se basaba en una construcción social que predominaba y sometía a las mujeres. Sin embargo, en lo operativo, no ha variado sustancialmente.

Al respecto, en Ecuador se crea un cuerpo normativo integral que contiene la parte adjetiva y sustantiva de la norma penal, este es el Código Orgánico Integral Penal (COIP), mismo que entra en vigencia a partir de agosto de 2014. Esto conllevó a derogar el artículo 453 que se encontraba contemplado el Código Penal de 1971 tipo penal que se dirigía de forma específica en contra de las mujeres. No obstante, el tipo penal se incluye en el artículo 140 del COIP, dentro del numeral 1 del delito de asesinato que refiere:

La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:
1. A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano.¹³²

¹³⁰ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 12 de junio de 2005, art. 21.

¹³¹ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 453.

El presente caso de análisis invoca a un estudio que comprende, por una parte, la ejecución de un delito, como el tipificado en el artículo 140 numeral 1 del COIP, es decir, el asesinato perpetrado por Enma S. en contra de su hijo Luis Sebastián S. Y por otra parte, al examinar los hechos ya descritos y desglosados, se denota la discriminación que sufrió Enma por ser mujer, por ser indígena, por su condición socio económica y su escaso grado de escolaridad, a lo que cabe añadir . Todo esto, sumado a las diferentes situaciones que sufrió durante su vida, dificultó que pueda comprender su sentencia, pues había naturalizado la violencia que absorbió en su hogar por parte de su madre y padrastro.

Por todo esto, cuando Enma tuvo que enfrentarse a un proceso penal carecía de asesoría jurídica, no tenía un abogado que ejerza de manera efectiva su defensa técnica y, como el Estado no se encargó de proporcionarle lo elemental para su subsistencia, no contaba con medios para sobrevivir cuando ingresó a la cárcel. Como puede verse, a lo largo de su vida, Enma tuvo que atravesar traumas emocionales, y también posteriormente a la comisión del delito. Actualmente, trata de sobrellevarlos y continuar con vida, siendo una víctima que cumple una condena, aunque su victimario se encuentra en libertad.

En breve, el caso mencionado sirve para llevar a cabo una crítica al derecho penal, pues cuando se realiza una criminalización a la mujer por cometer un delito (como en el caso de Enma, asesinar a su hijo) se considera que no solo realiza una conducta antijurídica, sino que además se la juzga por ser mujer, ya que las mujeres no pueden matar, pues estarían rompiendo el orden preestablecido, fracturando los roles dispuestos para su género. Esto concuerda con una perspectiva del derecho penal basada en estereotipos que se refuerza al ser aplicada por quienes administran justicia, lo cual constituye una discriminación a la mujer. Una muestra de ello es el siguiente análisis de los jueces en la sentencia:

En el caso sub judice, resulta imposible considerar la circunstancia de excusa de la acusada al manifestar su defensor en la audiencia oral pública y contradictoria, que su patrocinada fue víctima de violación de parte de su padrastro, y por encontrarse afectada, perturbada arrojado al tierno niño al canal de riego, lo cual no le deslinda del ilícito y de su responsabilidad; toda vez que no ha demostrado procesalmente encontrarse inmersa en el Art. 35 del COIP por lo que dicha alegación carece de sustento jurídico. Al considerarse esta circunstancia de excusa para este tipo de actos,

¹³² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero del 2014, art. 140.

sería fomentar la impunidad en este tipo de hechos criminales y proveyendo una salida legal para todas las personas que todavía ejercen actos físicos agraviantes en contra de indefensos seres, vulnerando de esta manera sus derechos garantizados por la Constitución de la República, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos. La Convención sobre los Derechos del Niño, desde su Preámbulo, reconoce que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión y como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, este por falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. Es menester dejar en claro que el actuar de la Fiscal Ab. Fernanda Valdivieso Mayorga en la respectiva audiencia, deja mucho que desear, toda vez que en su exposición manifiesta que existen agravantes en el proceso, para luego solicitar que en base al principio de proporcionalidad se le rebaje la pena a la acusada, lo cual causa sorpresa al ser ésta la tutelar de la acción penal y desconocer totalmente lo establecido en el Art. 44 inciso 3ro del COIP, razón suficiente para que el Tribunal a quo haya actuado apegado a derecho y con conocimiento de causa.¹³³

Facio y Fries explican “que el derecho es un instrumento del sistema patriarcal, que junto con las normas sociales y morales pretende disciplinar a las personas respecto al género”.¹³⁴ Es así que, quienes administran justicia a través del proceso judicial, adoptan decisiones marcadas por una construcción social arraigada en estereotipos de género sobre el rol que le corresponde a la mujer en sociedad. En este sentido, la maternidad es el rol por excelencia otorgado a las mujeres, inherente a ellas conjuntamente con el cuidado de los hijos y su crianza. Por lo tanto, es imperdonable ante los ojos de la sociedad y el sistema punitivo patriarcal que una mujer se aparte de su *rol maternal y protector*. Entonces, además de ser juzgadas por el tipo penal, son juzgadas socialmente por no ser unas *buenas madres* dentro de las miradas panópticas que buscan prolongar los estereotipos hegemónicos de género.

En el caso de Enma S. esta maternidad no fue deseada, al contrario, fue obligada a ejercer en un entorno de múltiples violencias y discriminaciones. Usualmente, cuando se reflexiona sobre maternidad se asocia un hecho natural relacionado a la reproducción, propio de la biología de la mujer, y el instinto materno. Sin embargo, esto último no es intrínseco de las mujeres, sino que se desarrolla con el tiempo y se fortalece a través de experiencias personales.¹³⁵ A pesar que la maternidad es considerada un hecho natural inherente a las mujeres, también es parte de una construcción social y cultural asociada

¹³³ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Chimborazo Sala Especializada de lo Penal, “Sentencia”, en *Juicio n°: 06282-2014-4616* 2014, 04 de marzo del 2015, 7.

¹³⁴ Alda Facio y Lorena Fries, *Género y derecho*, 290-291.

¹³⁵ Luisa Muraro, *El orden simbólico de la madre* (Madrid: Horas y Horas la editorial, 1994),

al género.¹³⁶ Por ello, los jueces del caso de Enma invisibilizaron los diversos tipos de violencia ejercidos en contra de ella, una mujer sumisa, humilde, indígena y vulnerable. Al contrario, su análisis subjetivo se centró en la acción antijurídica y no en el contexto de vida de una víctima de violación, criminalizando a Enma sin que lo sufrido por ella sea considerado en lo más mínimo durante el proceso penal, menos aún al dictar el veredicto.

De igual manera, es cuestionable el actuar de la representante del Ministerio Público, pues a criterio de los jueces su actuación deja mucho que desear, ya que no debía pedir la rebaja de pena impuesta por el Tribunal de Garantías Penales bajo el principio de proporcionalidad, al considerar que es víctima de violación por parte de su padrastro. Una vez más, se observa que lo único relevante para los jueces de la Sala de lo Penal es considerar las agravantes del hecho delictivo que se adecuan al tipo penal descrito en el artículo 140 numeral 1 del COIP, por lo cual cuestionan a la Fiscal diciéndole que desconoce del derecho. Sin embargo, debe recordarse el rol de los fiscales que no es únicamente acusar bajo elementos de cargo. Además, su obligación en la investigación es obtener elementos de descargo, o elementos que puedan atenuar o incluso extinguir la responsabilidad. En otras palabras, el ejercicio de sus funciones debe estar enfocado en una investigación penal bajo el principio de objetividad, tipificado tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en el COIP.

En este sentido, se observa que el infanticidio tiene matices articulados por una sociedad misógina que funciona a través de un sistema patriarcal donde el tipo penal está al servicio del control del cuerpo y, sobre todo, la vida de las mujeres. Bajo esta concepción misógina, el único fin de las mujeres es cumplir su rol, caso contrario, las consecuencias van desde un juzgamiento moralista hasta la criminalización con todo el rigor de la ley. Es claro, entonces, que este sistema punitivo patriarcal considera que la maternidad es inherente a la mujer y al no ser cumplida desnaturaliza a la mujer como tal. Consecuentemente, esto causa horror en la sociedad patriarcal, pues la mujer está diseñada para servir y concebir, haciendo caso omiso de que la normalización de la violencia conlleva que la misma se incremente cada día en Ecuador, tal como muestran

¹³⁶ Cristina Palomar Vereá, *“Malas madres”: la construcción social de la maternidad* (Madrid: Metis Productos Culturales S.A. de C.V.E, 2004) 12.

las estadísticas de la Fiscalía General del Estado de 2020, en el índice de delitos cometidos por violencia de género.¹³⁷

Lamentablemente, en el país sigue existiendo una limitación al acceso a la justicia para las víctimas de violencia de género, con un sistema penal revictimizante, cuyos operadores de justicia no se preocupan por fundamentar y articular sentido de empatía con la víctima. Por el contrario, se rige desde un punto de vista iusnaturalista, donde existe negligencia en el sistema de justicia penal, permitiendo un Estado de impunidad como en el caso de Enma, con las respectivas vulneraciones a sus derechos, de forma que mientras ella cumple una condena, su agresor sigue libre, impune.

Como se ha revisado en este capítulo, a través del caso de Enma S. se ha hecho una revisión de la concepción de delitos de la mujer, y cómo han sido juzgados, tanto por la ley como por la sociedad. Se ha encontrado una clara influencia de un sistema de poder en particular, el patriarcado, el cual considera inferior a la mujer, limitando sus derechos y libertades. Esto se refuerza en la fase jurídica, cuyos procesos penales poseen una influencia predominante de la cultura de discriminación hacia las mujeres, y puede ser aún más riguroso si además de ser mujer pertenece al pueblo indígena.

¹³⁷ Ecuador, Fiscalía General del Estado, *Estadísticas Fiscalía General del Estado: 2020* (Quito Fiscalía General del Estado 2020), 2.

Conclusiones y Recomendaciones

A lo largo de este trabajo se ha podido observar cómo la figura de poder del patriarcado tiene un fuerte peso en la forma de hacer justicia en Ecuador. Para ello, se hizo una revisión histórica de quiénes fueron los primeros grupos de poder en la sociedad, y cómo se fue configurando el feminismo. De igual forma, se revisaron los principales elementos que conciernen al derecho penal, cómo se procede en el caso de las mujeres, y cuáles son las libertades a las que tiene acceso. Esto es importante mencionar, pues el derecho penal es el instrumento de control social del poder del Estado. Posteriormente, se revisó el caso de Enma S., el cual se escogió debido a que, por su condición de mujer indígena, careció de un proceso justo. El análisis del caso llevó a revisar la discriminación que sufrió, cómo su condición socio económica dificultó su acceso a una defensa legal, así como los traumas posteriores que tuvo Enma, ya que ella también fue víctima y su victimario continúa libre.

Por ello, como primera conclusión, esta tesis ha demostrado que el derecho penal en Ecuador incita la reproducción de estereotipos de la mujer como parte de su construcción social fundamentada en la moral, la misoginia y en la religión, apartándose del análisis jurisprudencial propio de un juzgador. Esto se observa en que no se hizo una valoración de la prueba con una perspectiva de género en el caso de Enma S., y se refuerza con el análisis de los jueces sobre dicho caso de Enma S. Ellos solo querían castigar el infanticidio, sin considerar que una mujer también puede ser víctima cuando asesina a un hijo, ni la violación en la que surgió dicho infante. La función de los jueces fue únicamente la de reprimir para disciplinar a la mujer que se aparta de su rol, tal como lo ordena la sociedad patriarcal blanca- mestiza.

Por otra parte, la violencia que sufren las mujeres indígenas es multidimensionalidad, donde el proceso de la administración de justicia occidental es revictimizante, lento, con un uso arbitrario del poder por ser personas que no cuentan con los medios económicos, ya sea para asumir su defensa o para subsistir en prisión. El análisis de caso demuestra que existe una limitación de acceso a la justicia para las víctimas de violencia, especialmente de las mujeres indígenas, lo cual se traduce en un Estado de impunidad, con sistema de justicia penal negligente y racista. Así se comprende la condena de Enma, con diversas vulneraciones a sus derechos, mientras que su agresor sigue libre, impune del delito de violación.

Debido a que la comisión de delitos como el de violación forma parte de este control social sobre el cuerpo de las mujeres, se concluye que el derecho penal se reproduce desde una perspectiva androcéntrica, pues coloca a las mujeres en situaciones de vulnerabilidad, por lo que las agresiones sexuales sucedan en mayor porcentaje. Además, se pretende justificar este y otros actos similares sexualizando el cuerpo de la mujer a través de la crítica social, al considerar que incumple con su rol maternal, así sea este producto de la tortura. De esta forma, el derecho pena en Ecuador se convierte en cómplice de innumerables violaciones a los derechos de las mujeres porque esas prácticas jurídicas se conforman bajo una perspectiva masculina hegemónica donde el diseño de leyes, discursos, políticas, y demás han influenciado directamente en la forma que la sociedad concibe a las mujeres.

Y como tercera conclusión, a pesar de estar en el siglo XXI, a pesar de pertenecer a un república independiente, las mujeres indígenas son juzgadas por un Estado punitivo, y por las personas que conforman la sociedad racista a través de los discursos que naturalizan e invisibilizan la violencia basada en estereotipos y roles obsoletos. Esta disertación, por un lado demuestra la condena a una mujer indígena que no pudo abortar por ser violada, que no tuvo ayuda para cuidar de su hijo, que vive la culpa detrás de la cárcel y alejada de su comunidad. Por otro lado, es un testimonio de las injusticias de un derecho penal misógino, heredero del racismo colonial que hoy tiene la oportunidad de cambiar gracias a que en la actualidad ninguna mujer torturada sexualmente será obligada a ser madre.

Bibliografía

- Aguirre, Andrea. *Incluidas como excluidas, externas e internas en la cárcel de Quito*. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006
<http://hdl.handle.net/10644/2382>.
- Archer, Robert. *Misoginia y defensa de las mujeres: antología de textos medievales*. Madrid: Ediciones Cátedra, 2001.
- Artís, Gloria, Barriga, Francisco, Suarez, Lourdes, Lizarraga, Xabier, Morales, María Elena. *¿Qué es esa cosa llamada violencia?*. México D.F.: Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales Vicente Lombardo Toledano, 2006.
- Ávila Santamaría, Ramiro Fernando. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito: V&M Graficas, 2009.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.
- Birgin, Haydeé. *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.
- Bonet Esteva, Margarita. “Derecho penal y mujer ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?,” en *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, coord. Daniela Heim, Encarna Bodelón, vol. 1, 2010, págs. 27-38, https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20201208_04.pdf
- Butler, Judith, *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Buenos Aires: Paidós 2016.
- Camacho Z. , Gloria. *La Violencia de género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*; Quito: El Telégrafo, 2014.
- Carcedo, Ana., con la colaboración de Camila Ordóñez. *Comisión de Transición Hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género Femicidio en Ecuador*. Quito: Manthra Editores: 2011.
- Cobo Bedia, Rosa. “El cuerpo de las mujeres y la sobrecarga de sexualidad”, *Investigaciones Feministas*, n.o6 (2015): 2-3, doi: https://doi.org/10.5209/rev_INFE.2015.v6.51376
- Conde, Francisco Muñoz. *Control Social y Derecho Penal*. Madrid: Editorial Temis, 2002.

- Contreras, Afanador., Caballero Badillo, María Isabel., Claudia, María. “La violencia sexual contra las mujeres. Un enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho” *Reflexión Política*, vol. n.14. 2012. doi: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11023066009>, 125-128.
- Corte IDH. “Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas)”. Fernández Ortega vs. México, 30 de agosto de 2010. <https://www.cndh.org.mx/documento/caso-fernandez-ortega-y-otros-vs-mexico>.
- Espinoza Cevallos, Elena B. Martín. *Régimen Jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2015.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento180, 10 de febrero del 2014.
- Encalada, Karla. “Racismo en la justicia ordinaria”, en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, ed. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012. http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf
- Facio, Alda y Lorena Fries, *Género y derecho*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999.
- Ferrajoli, Luigi. *Criminalidad y Globalización en La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales, varios autores* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007), 135-136.
- Fiscalía General del Estado. 2020. Estadística FGE. Fiscalía General del Estado: 2020. Fiscalía General del Estado. <https://www.fiscalia.gob.ec/estadisticas-fge/pdf>
- Fiscalía General del Estado. 2020. *Informe de gestión 2020. Fiscalía Provincial de Chimborazo*. <https://www.fiscalia.gob.ec/transparencia/2021/Rendicion-de-cuentas/Chimborazo/Informe-Chimborazo.pdf>
- Garland, David. “Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social”. México: Siglo XXI Editores, 2006.
- Guastini, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial / Trotta. 2008.
- Guber, Rosana. *La etnografía, método, campo, y reflexividad*, Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2001.

- Herrera Aguirre, Ana Lucía, María Paula Romo, Roxana Arroyo Vargas, y Paulina Palacios Herrera. *Los derechos de las mujeres en la mira*. Quito: Corporación humanas 2014.
- Illescas, Santiago Redondo, *Delincuencia sexual y sociedad*. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 2002.
- Jaramillo, Isabel Cristina. *El género en el derecho: la crítica feminista al derecho*, Quito: Editora nacional, 2009.
- Lagarde y de los Ríos, Marcela. *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Larco Chacón, Elsa Carolina. “Visiones penales y regímenes carcelarios en el estado liberal de 1912 a 1925”. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011. <http://hdl.handle.net/10644/3013>.
- Larrauri, Elena. “La mujer ante el derecho penal”, 1992, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/05/doctrina89157.pdf>
- Lemarchand, María José. *Ciudad de las damas*. Madrid; Editorial Siruela S.A: 1995-2000.
- Leyva, Xochit et al. *En tiempos de muerte: cuerpos, rebeldías, resistencias*. San Cristóbal de Las Casas: Cooperativa Editorial Retos, 2019.
- Luzuriaga, Carlos. *Situación de la mujer en el Ecuador*. Quito: Editorial Gráficas San Pablo Cía. Ltda., 1982.
- Marín, Aurelia. *Antropología del género: culturas, mitos y estereotipos sexuales*. Madrid: Cátedra Universitat de València, 2006.
- Medina Rosas, Andrea. *Campo Algodonero. Análisis y propuestas para el seguimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano*. Distrito Federal: Edición Col. Burocrata, 2010.
- Muraro, Luisa. *El orden simbólico de la madre*. Madrid: Horas y Horas la editorial. 1994.
- Organización Panamericana de la Salud (OPS), Organización Mundial de la Salud (OMS), “Comprender y abordar la violencia contra las mujeres” *Organización Mundial de la Salud*, vol. n.º14(2013): 5-6, doi: <https://oig.cepal.org/es/>
- ONU Mujeres. *El progreso de las mujeres en el mundo*. España: Edición en español: Gerardo Franco Barrales, Ginette Azcona, 2011-2012

- Palomar Vereza, Cristina. *“Malas madres”*: la construcción social de la maternidad. Madrid: Metis Productos Culturales S.A. de C.V.E. 2004.
- Pitch, Tamar. “La violencia sexual contra las mujeres y sus usos políticos, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. n.48. 2014. doi: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/2778/2895>.
- Quijano, Aníbal. *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: Editorial CLACSO, 2014.
- Rodríguez, Adriana, Fernández, Blanca S. y Vargas, Paola. *Las guardianas de la lengua: mujeres indígenas y educación intercultural bilingüe en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Rodríguez Caguana, Adriana. “Análisis de la sentencia: Fernández Ortega vs. México: género, clase y etnicidad”. 2018. ISSN 1390-2466 • UASB-E / CEN.
- Rodríguez, Marcela. *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.
- Salgado Álvarez, Judith. *Manual de formación en género y derechos humanos*, 1a ed. Quito: Corporación Editorial Nacional, 2013.
- Tamayo, Juan José. *Religión, género y violencia*. Andalucía: Editorial Universidad Internacional de Andalucía. 201
- Taylor, Ian. *El delito y el control social en Marx, Engels y Bonger, en La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu, 1997.
- Varela, Nuria. *Feminismo para principiantes*. Barcelona: Ediciones B., 2005.
- Villabella Armengol, Carlos Manuel. *Los métodos en la investigación jurídica, Algunas precisiones*. México: Universidad nacional autónoma de México Instituto de investigaciones jurídicas, 2015.
- Yépez Andrade, María, *La víctima en el Código Orgánico Integral Penal: hacia su mejor comprensión y aplicación*. Quito: Editora Nacional. 2015.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial / Trotta. 2009.