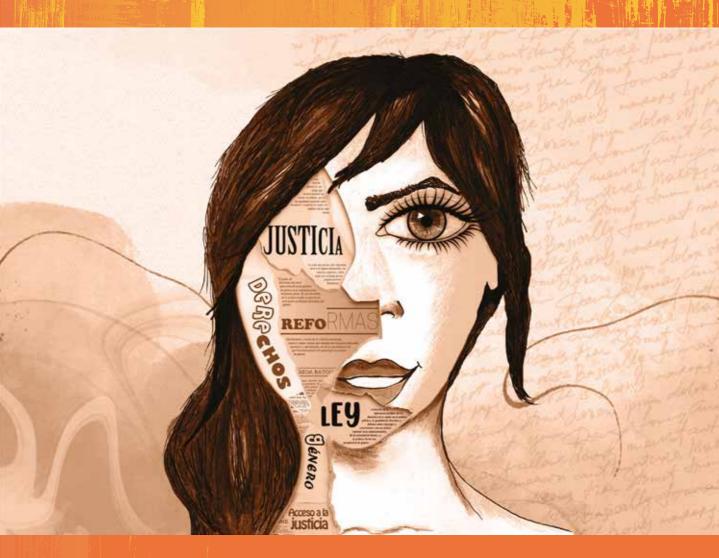


# DIÁLOGOS & JUDICIALES



Tema central: | Perspectiva de género en el sistema de administración de justicia penal: realidad y desafíos



### Diálogos judiciales 8

Tema central:

Perspectiva de género en el sistema de administración de justicia penal: realidad y desafíos

Número VIII, Julio 2022 **Quito - Ecuador** 

#### Corte Nacional de Justicia

Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia

#### Comité Editorial

Ab. Byron Guillén Zambrano Juez de la Corte Nacional de Justicia

Dr. Felipe Córdova Ochoa Juez de la Corte Nacional de Justicia Dra. Mercedes Caicedo Aldáz Jueza de la Corte Nacional de Justicia

Ab. Karen Chica Mejía

Asesora 2

Ab. Jorge Aguilera Quezada

Asesor 2

#### Coordinación

Ab. Jorge Aguilera Quezada *Asesor 2* 

Ab. Manuela Cárdenas Cifuentes

Asistente administrativo 2

#### Diagramación

Edison Proaño Tello

#### Impresión

Santiago Aráuz Rios Jefe de Biblioteca, Gaceta y Museo de la Corte Nacional de Justicia

#### Ilustración y portada

María Fernanda Gallo Edison Proaño Tello

Revista Diálogos judiciales 8. Perspectiva de género en el sistema de administración de justicia penal: realidad y desafíos. Julio 2022, Quito, Corte Nacional de Justicia, 2022

190 págs; 19x25 cm

**ISSN** en línea: 2806-5743

Corte Nacional de Justicia. Serie 8

**CDD ab.** 347 C827d

Catalogación en la fuente: Biblioteca de la Corte Nacional de Justicia



#### Información de la Revista

Diálogos judiciales es la revista institucional de la Corte Nacional de Justicia. Tiene una circulación anual. Su contenido está dirigido a profesionales del derecho, así como al público en general.

#### Proceso de edición

El proceso de edición de un artículo puesto en consideración del Comité Editorial de Diálogos Judiciales está compuesto por las siguientes fases:

- 1. Convocatoria: el proceso inicia con la fase de convocatoria de artículos, en la cual se concede una fecha límite para su envío.
- 2. Recepción: el proceso continúa con la recepción de artículos, para el cual el articulista deberá asegurarse que su artículo cumpla con los requisitos necesarios para ser admitido. Los textos deben ser enviados al Comité Editorial de Diálogos Judiciales a través del mecanismo señalado en cada convocatoria.
- 3. Admisibilidad: el artículo será examinado para determinar si cumple o no con los requisitos de admisibilidad.
- 4. Selección: los artículos que han aprobado la fase de admisibilidad serán leídos de manera anónima por dos miembros del Comité Editorial, quienes decidirán si cumple los parámetros de calidad exigidos por la revista para proceder al proceso de edición. En caso de no haber acuerdo entre ambos revisores, se remitirá el artículo a un tercer miembro del Comité Editorial, quien tendrá voto dirimente.
- 5. Edición: tras la notificación de haber sido seleccionado el artículo, los artículos serán revisados en cuando a ortografía, gramática, estilo y cumplimiento del sistema de citación.
- 6. Publicación: cumplidas todas estas fases, el artículo será publicado en la revista Diálogos Judiciales.

#### Frecuencia de la publicación

La publicación de la revista es anual.

#### Política de acceso abierto

El contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos.

### Índice

Presentación	7
Iván Saquicela Rodas	
Artículos	
Decisión judicial y perspectiva de género	13
José Álvarez Ramírez	
Daniela Romero Sánchez	
Perspectiva de género y debida diligencia en las infracciones de violencia de género	31
Raúl Atancuri Niquinga	
Sistema de justicia penal ¿Es obligatorio juzgar con perspectiva de género?	51
Andrés Cevallos Altamirano	
Violencia (doméstica) privada	71
Santiago Orellana Vallejo	
La perspectiva de género en la justicia del Ecuador: análisis y generalidades	81
Diana Salazar Méndez	
Ponencias	
La declaratoria del despido ineficaz de la mujer embarazada o asociado a su condición de gestación o maternidad y de los dirigentes sindicales: Actualidad y nuevos retos en el sistema judicial	101
Enma Tapia Rivera	

La Constitución y la mujer	107
Consuelo Heredia Yerovi	
Resolución respecto al trámite de despido ineficaz y proyectos de reforma de ley planteados a favor de los derechos de la mujer	113
Alejandro Arteaga García	
Atención y protección a las víctimas de violencia contra la mujer dentro del sistema de justicia	123
Felipe Córdova Ochoa	
Medidas de protección administrativas ante situaciones de violencia contra la mujer	129
Byron Guillén Zambrano	
El femicidio como máxima expresión de violencia de género	139
Mercedes Caicedo Aldaz	
Evolución de la aplicación jurídica de los derechos de la mujer en el ámbito público	149
Hipatia Ortiz Vargas	
Igualdad de derechos y deberes entre cónyuges y convivientes: Un enfoque en la administración de la sociedad de bienes	161
Wilman Terán Carrillo	
Política fiscal con perspectiva de género en el ámbito legislativo y judicial	169
Fernando Cohn Zurita	
Políticas editoriales	181
Guía del artículo	185

#### Presentación

Es para mi altamente satisfactorio dirigirme a abogados, estudiantes, servidores públicos y a la ciudadanía en general, con ocasión de la publicación de la octava edición de la revista institucional de la Corte Nacional de Justicia: "Diálogos Judiciales".

En este último tiempo, el más alto órgano de administración de justicia ordinaria del país ha implementado la política judicial de justicia abierta, bajo los principios de transparencia, participación y colaboración. Este modelo de administración de justicia implica, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, entre otros aspectos, el acceso a la información pública, la apertura de datos, la rendición de cuentas y la contribución de la sociedad civil en la toma de decisiones.

La participación de la sociedad civil se aprecia no solo en la interacción y diálogo con la Función Judicial, por medio de la consulta, comunicación y canalización de las demandas sobre servicios y la atención de sus derechos y necesidades, sino a través de la cooperación en la discusión y generación de conocimiento en temas de interés social, objetivo que la Corte Nacional de Justicia pretende alcanzar a través de su producción editorial, donde se involucra a académicos, servidores judiciales, abogados en libre ejercicio, estudiantes, etc.

En esta oportunidad, el eje central de la revista Diálogos Judiciales se enfoca en la "Perspectiva de género en el sistema de administración de justicia penal: realidad y desafíos". La realidad de género es un tema que históricamente ha estado en debate, por la desigualdad existente entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida social (político, profesional, académico, familiar, económico), la cual aún no ha sido superada, pese a lo logros alcanzados en muchos aspectos, sobre todo por la lucha de las organizaciones feministas.

En esta edición, el punto central de discusión está en la aplicación de la perspectiva de género en la administración de justicia penal. Es en esta esfera de la justicia donde se aprecia los principales problemas derivados del género, manifestados a través de la violencia provocada contra la mujer, misma que amerita una respuesta adecuada, oportuna y especializada, de ahí la trascendencia de que la justicia penal esté capacitada en asuntos de género, con el fin de que los criterios y circunstancias que los rodean estén presentes en la tramitación de los procesos y las decisiones que se adoptan.

En este número de la revista existen importantes contribuciones al objeto propuesto, como lo es el análisis de la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género en el sistema de justicia penal, de la debida diligencia que debe existir en las infracciones de violencia de género y la reserva de la violencia producida dentro de los hogares, así como un examen a la aplicación de la perspectiva de género en la justicia del Ecuador.

Adicionalmente, Diálogos Judiciales se nutre, como complemento al tema central de esta edición, con las ponencias impartidas por los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia en el Ciclo de Conferencias en la Semana de la Mujer, organizado por esta institución del 9 al 11 de marzo de 2021. Entre las ponencias brindadas se destacan la relacionada con la resolución respecto al trámite de despido ineficaz y proyectos de reforma de ley planteados a favor de los derechos de la mujer por parte del Pleno de este organismo; el estudio de la Constitución y la mujer; la atención prioritaria de las víctimas de violencia contra la mujer dentro del

sistema de justicia; las medidas de protección administrativas ante situaciones de violencia contra la mujer; la evolución de la aplicación jurídica de los derechos de la mujer en el ámbito público; la igualdad de derechos y deberes entre cónyuges y convivientes, con un énfasis especial en la administración de la sociedad de bienes; y, la política fiscal con perspectiva de género en el ámbito legislativo y judicial.

La Corte Nacional de Justicia, en el marco de la justicia abierta, seguirá fomentando estos espacios de generación de conocimiento y de aporte al debate académico sobre temas de relevancia jurídica e interés social. Invito a los lectores a descubrir cada uno de los artículos y ponencias, seguro que serán de su agrado y de que coadyuvarán a la actualización en algunos aspectos en la materia de género, crearán conciencia y harán surgir inquietudes, ideas y posturas acerca de la temática.

Dr. Iván Saquicela Rodas Presidente de la Corte Nacional de Justicia



ment makers and allow from to Thurt from more meaning land hory

# Decisión judicial y perspectiva de género

## Judicial decision and gender perspective

Dr. José Cristóbal Álvarez Ramírez Juez del Tribunal de Garantías Penales de Loja

jose.alvarez@funcionjudicial.gob.ec

Dra. Daniela Patricia Romero Sánchez Abogada en libre ejercicio

danielaromeros97@gmail.com

**Recibido:** 31 de diciembre de 2021 **Aprobado:** 01 de julio de 2022

#### Resumen

Para la resolución de problemas judiciales los jueces no siempre encuentran la respuesta en reglas con estructura normativa. Se verá que en ciertos casos existe un espacio de indeterminación del derecho y de lo fáctico a ser llenado por un ejercicio de argumentación y motivación del juez; pero en el proceso de creación del derecho judicial, puede haber estereotipos de género que influyan negativamente. Por eso se hará una breve caracterización de la indeterminación del derecho, del proceso de aplicación del derecho por parte de los jueces y de cómo pueden influir los estereotipos en dicho proceso.

#### **Abstract**

For the resolution of judicial problems, judges do not always find the answer in rules with a normative structure. It will be seen that in certain cases there is a space of indeterminacy of the law and of the factual to be filled by an exercise of argumentation and motivation of the judge; but in the process of creation of judicial law, there may be gender stereotypes that have a negative influence. Therefore, a brief characterization of the indeterminacy of the law, the process of application of the law by judges and how stereotypes can influence this process will be made.

#### Palabras clave

Enculturación, género, estereotipos, argumentación jurídica, indeterminación.

#### **Keywords**

Enculturation, gender, stereotypes, legal argumentation, indeterminacy.

#### 1. Introducción

"Los realistas fueron quienes nos hicieron ver que los jueces, para ponerse los pantalones, meten primero una pierna y después la otra, como todo el mundo". Con esa afirmación se pone de manifiesto la inevitable indeterminación del derecho provocada por el solo hecho de que el o la jueza son humanos y están sujetos a las mismas fuerzas, muchas veces invisibles, a las que está sujeto todo ser humano y que influyen en sus decisiones, como son sus estereotipos, sus valores, sus ideas políticas y filosóficas, sus taras psicológicas, sus prejuicios, etc.

Pero la afirmación que contiene el parágrafo que precede no siempre fue aceptada, a tal punto que aún hoy nos seguimos preguntando sobre si la indeterminación del derecho así como el papel que los estereotipos o prejuicios juegan al momento de colmar esa indeterminación, se extiende a todas sus ramas, incluidas aquellas en donde el principio de legalidad es más intenso, como el área penal.

Para desarrollar el tema planteado vamos tratar de dar respuesta a dos preguntas principales. La primera: ¿es posible que en la resolución de casos judiciales en materia penal los jueces y juezas tengan espacio para más allá de lo que digan las normas jurídicas, imponer su particular modo de ver el mundo, haciendo que la creación del derecho judicial sea el producto de su propia experiencia individual? La segunda: ¿existen estereotipos o prejuicios en torno a las mujeres que puedan llegar a ser tan fuertes, a tal punto que alcancen a incidir en la forma de administrar justicia en perjuicio del género femenino?

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> James Boyle, "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Social Local Thought" (Pennsylvania: University of Pennsylvania Law Review, 1985), 692.

Para encontrar la respuesta a la primera cuestión, se recordarán algunos aspectos respecto de cómo se producen las decisiones judiciales, por lo que se abordará ciertas ideas que vienen desde la filosofía del derecho, la hermenéutica y la argumentación jurídica. Para encontrar respuesta a la segunda cuestión, se hará referencia en cómo se forma el proceso de enculturación o aprendizaje de valores, fijación de roles y estereotipos en los seres humanos, para lo cual se analizaran algunos temas relacionados con la sociológia y antropología.

#### 2. Desarrollo

2.1. ¿Es posible que en la resolución de casos judiciales en materia penal los jueces y juezas tengan espacio para más allá de lo que digan las normas jurídicas, imponer su particular modo de ver el mundo, haciendo que la creación del derecho judicial sea el producto de su propia experiencia individual?

El común de la gente cree, y durante mucho tiempo también los abogados habíamos creído, que la aplicación de las normas jurídicas era un simple proceso de adecuación de los hechos a las normas jurídicas; es decir que todo se reducía a aquella operación lógica llamada subsunción consistente en determinar que un hecho jurídico encaja en la hipótesis contenida en una norma general<sup>2</sup>. El juez era visto como una máquina mecánica que verificaba la adecuación de los hechos al catálogo de normas. Es de esta época aquella expresión de Montesquieu respecto a que "el juez es una boca muda que pronuncia las palabras de la ley"<sup>3</sup>.

Juristas como Beccaria creían que era posible y deseable limitar al juez, de tal manera que se someta estrictamente al texto de la ley para evitar la arbitrariedad y para evitar que con su decisión se aparte de la voluntad del soberano, que según el paradigma de ese tiempo, estaba representada por el parlamento:

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Victoria Iturralde, Sobre el silogismo judicial (San Sebastián: Anuario de filosofía del derecho, 1991), 241.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Secondat Montesquieu, *Espíritu de las leyes* (Imprenta de Marcos Bueno, 1845), 62.

"Ni siquiera en los jueces penales puede residir la autoridad de interpretar las leyes penales, por la misma razón que estos no son legisladores. Nada es más peligroso que el axioma común que indica que es necesario consultar el espíritu de la ley... El espíritu de la ley sería el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una digestión fácil o malsana; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que transforman las apariencias de todo objeto en el ánimo fluctuante del hombre".

Sin embargo, los avances en el campo de la lingüística han dejado al descubierto la naturaleza abierta del lenguaje en el que se escriben las leyes; y, la práctica nos enseña que por más que el legislador se esfuerce, en muchas ocasiones es imposible que el texto de una norma pueda atrapar la complejidad de la realidad social, así que hoy se acepta abiertamente que al momento de aplicar las normas muchas veces va a quedar un espacio de indeterminación a ser llenado por los jueces. Esa indeterminación puede provenir de lo fáctico, es decir, de la interpretación de los hechos o puede provenir de la interpretación de la norma.

Al día de hoy, la escuela de la exégesis, que es la que sostiene que el juez no debe interpretar la ley y que debe limitarse a aplicarla de manera literal y mecánica, es considerada ingénua, radical y anticuada. Y aunque muchas veces, equivocadamente, se atribuye a los positivistas las ideas de los exegéticos al asociarlos con quienes propugnan esa aplicación mecánica de la ley, en realidad, la escuela del positivismo jurídico, acepta la existencia de indeterminación en el derecho. Lo que sí es real es que los positivistas, al menos incialmente, sostenían la idea de que la ley es la ley y debía aplicarse sin miramientos de carácter moral u otro tipo de principios ajenos al sistema jurídico, pero eso es distinto.

Ya desde Hans Kelsen el positivismo jurídico admite que hay casos en donde la letra de la ley o la forma en que están redactadas las normas jurídicas ofrecen simplemente un marco dentro del cual, muchas veces, caben varias interpretaciones que se pueden considerar correctas, siendo un acto de voluntad del juez, el que determina la respuesta con la que éste se queda. De ahí que Kelsen sostiene que

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Cesare Becaria, *Dei delliti e delle pene* (Segunda Edición de Gian Domenico Pisapia, 1973), 17.

para conservar su estatus de ciencia y objetividad, a la teoría pura del derecho no le corresponde determinar qué respuesta es la correcta, siendo ese un asunto que le compete a la filosofía del derecho, a la sociología, a la ética, etc.

Herbert Hart, otro connotado positivista, destaca el carácter indeterminado de los conceptos jurídicos y de su textura abierta al sostener que frente a cualquier norma o regla, es posible distinguir casos en los cuales el mandato evidentemente se aplica, otros en donde indudablemente no se aplica, pero así mismo existen situaciones en las cuales hay tantas razones para afirmar que la regla se aplica como para negar esa posibilidad. Por ello, Hart distingue entre el núcleo de certeza de un concepto y su zona de penumbra. Así, si bien en los casos fáciles, es decir aquellos que se sitúan en el núcleo de la regla, el método deductivo o la ya prenombrada subsunción puede ser suficiente; en los casos difíciles, que se ubican en la zona de penumbra, el juez es inevitablemente creativo, puesto que la textura abierta del lenguaje no puede nunca ser eliminada, para lo cual conviene diferenciarla de la simple ambigüedad o vaguedad de una expresión<sup>5</sup>.

Ahora, si bien iusnaturalistas y positivistas coinciden en reconocer el carácter indeterminado del derecho, discrepan abiertamente en lo relacionado a cómo resuelven los jueces en los casos donde no hay claridad en la norma, pues para los positivistas, el juez gozaría de cierta discrecionalidad, entre tanto que para los iusnaturalistas no existiría tal discrecionalidad. Este debate es particularmente llamativo entre Herbert Hart, de orientacion positivista, quien fue profesor de filosofía en la Universidad de Oxford; y su sucesor en la cátedra en dicha Universidad, Ronald Dworkin.

#### Herbert Hart sostiene:

"Respecto de la decisión judicial en casos controvertidos. Los jueces deben decidir las cuestiones controvertidas tomando en cuenta pautas valorativas, no necesariamente morales aunque pueden serlo, y en dichos casos las normas jurídicas delimitan su elección pero no la determinan. En el resto de las cuestiones los jueces sólo aplican las normas jurídicas sin necesidad de realizar valoraciones ni elecciones discrecionales".

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Ver, Filosofía del Derecho (Colombia: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2008), 87-89.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Id, 53.

En cambio Ronald Dworkin, desde una posición iusnaturalista refuta la idea positivista acerca de que el juez, en los casos difíciles, resuelve las causas discrecionalmente pues considera que hay ciertos principios o pautas que permiten al juez encontrar la respuesta correcta. Al respecto señala:

"...en los casos difíciles (aquellos en los que los juristas expertos no se ponen de acuerdo en cuál es su solución jurídica), los jueces no deciden de forma discrecional, como afirman los positivistas, pues si existiera esa discrecionalidad el juez invadiría la función del legislador. El juez al decidir no debe crear derechos, sino confirmar o denegar los derechos que los individuos poseían antes de su decisión. Los principios constituyen los materiales que permiten al juez buscar las respuestas correctas en los casos difíciles"

Hoy nos encontramos en el paradigma de la argumentación, que va acorde con la idea de Ronald Dworkin, pues por un lado se acepta la indeterminación del derecho, pero por otro, se niega la posibilidad de que el juez llene esos vacios discrecionalmente. El juez no debe actuar arbitrariamente sino que de todas las posibles respuestas debe encontrar la respuesta correcta y esa corrección se mide en base a la mejor fundamentación, es decir, la respuesta correcta es la mejor argumentada. Dworkin sostiene que la actividad interpretativa debe ser como escribir entre varios autores una novela en cadena, cada uno goza de cierta libertad, pero su aporte debe guardar coherencia con lo ya realizado por los novelistas anteriores<sup>8</sup>. A su parecer, el derecho no es la obra terminada sino el proceso de llevarla a cabo, lo que implica una permanente labor de interpretación, pero se insiste, dicha labor no es arbitraria ni discrecional, pues debe sujetarse a ciertos canones o principios que nacen principalmente de la práctica jurídica que se da en el lugar donde el juez cumple su labor.

Esos principios, según Dworkin, se diferencian de las reglas con estructura normativa, porque son abiertos y tienen peso. De ahí que para evitar la discrecionalidad, desde una perspectiva de la argumentación jurídica, se han desarrollado ciertos principios, criterios o test que contienen pautas para encontrar la solución correcta, como por ejemplo: test de proporcionalidad, test de racionalidad, ponderación, etc. Estas herramientas permiten respetar lo que Dworkin denomina "principio judicial de

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Id, 57.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> d, 59.

*integridad*" mismo que exige a los jueces que resuelvan los casos difíciles tratando de encontrar la mejor interpretación de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad, a partir de un conjunto coherente de principios, por lo tanto, las proposiciones jurídicas serán válidas solo si están acorde a esos principios.

A nuestro criterio, esa es la estructura que tenemos ahora, misma que nace de la Constitución y se irradia a todo el sistema juridico; hoy por hoy, los códigos ya no solo contienen reglas con estructura normativa sino también principios y valores que actúan a manera de claves herméneuticas al momento de dar solución a los casos concretos. Esto obliga a los jueces a interpretar la práctica jurídica y someter sus interpretaciones a las pruebas del ajuste y de justificación, para no desentonar con el sistema de normas, principios y precedentes que forman parte de la trama dentro de la cual el juez crea derecho.

La indeterminación del derecho y la labor creativa del juez se extiende a áreas sujetas al principio de legalidad como la tipicidad en materia penal. Hernán Galán Castellanos, en su obra de Teoría del Delito, al referirse a la tipicidad señala que:

"se debe superar el simplismo jurídico de la subsunción mecánica entendiendo que cuando el tipo legal describe acciones u omisiones está haciendo referencia a un ámbito situacional determinado, por lo que la tipicidad, consecuentemente es la configuración de una realidad, así que el Juez no simplemente enfrenta una conducta positiva o negativa sino que afronta la complejidad del caso. El Juez debe sobreponerse a lo formalmente jurídico para interpretar mediante la emisión de un juicio de razonabilidad y conforme al paradigma de la argumentación jurídica tanto el supuesto de hecho normativo como el caso realmente ocurrido con lo cual entra en el fascinante campo de la creación del derecho".

En nuestro país, aún es necesario adecuar nuestra cultura jurídica al paradigma de la argumentación jurídica, con la finalidad de evitar que los jueces penales, en nombre del culto a la ley, cometan injusticias aplicando un derecho anacrónico y sin dar razones de su decisión, que no sean otras que la ley es la ley. Se necesita que

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Teoría del Delito (Colombia: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2010), 34.

generen un derecho judicial adecuado a las pautas que se derivan de la línea evolutiva del derecho, lo cual es reconocido en el punto 4 de la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), cuando luego de citar las instituciones y avances que en otros países son obra de la jurisprudencia y la doctrina, se señala:

"En este contexto, se adecúa la legislación ecuatoriana a los nuevos desarrollos conceptuales que se han producido en el mundo y en la región, como mecanismo para asegurar un correcto funcionamiento de la justicia penal. Si bien es cierto, en otros países se ha dejado en manos de la doctrina y la jurisprudencia este desarrollo conceptual, en el caso ecuatoriano, este proceso ha resultado fallido.

Las y los jueces penales han estado sometidos a una concepción excesivamente legalista. A esto hay que sumar la crisis del sistema de educación superior y la carencia de investigaciones en todas las áreas del derecho penal y criminología. Todo esto ha dado como resultado un limitado desarrollo conceptual, teórico y técnico "0" (lo resaltado nos corresponde).

Por su parte, el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, impone a los jueces el deber de encontrar la respuesta sin excusarse en la falta u oscuridad de la ley, pero naturalmente, dicha respuesta no puede ser arbitraria o discrecional, sino que debe generarse a partir los principios, la doctrina y la jurisprudencia que según la citada norma servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal<sup>11</sup>.

Cuando la cultura excesivamente legalista está muy acentuada, se pueden generar, en nombre del texto de la ley las respuestas más absurdas y arbitrarias. Negar la indeterminación del derecho y renunciar a la exigencia de que el juez encuentre la respuesta correcta y la argumente a partir de las pautas a las que nos hemos referido anteriormente, puede ser catastrófico. Nuestra propia experiencia a partir de la

-

<sup>10</sup> Exposición de motivos, Código Orgánico Integral Penal, R.O. Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Ver, Artículo 29, Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. Suplemento 544, 09 de marzo de 2009.

exposición de motivos del COIP nos permite concluir que eso genera un derecho atascado que no avanza al mismo ritmo de la realidad social. Al mismo tiempo permite que existan quienes se escuden en la letra de la ley para a su nombre cometer serias injusticias, como aquel fiscal que con la excusa de que el tipo penal que sanciona la tenencia de armas utiliza la expresión "armas" en plural, deja sin cargos a quien le encuentran una sola metralleta, pero persigue ferozmente al campesino ganadero al que le encuentra dos cartucheras sin capacidad de hacer disparos. En el ejemplo señalado, la aplicación de principios como la proporcionalidad, la antijuridicidad material, la lesividad penal o la doctrina del fin de protección de la norma, etc. evitaría semejante absurdo.

Ahora, el COIP señala en el artículo 13 que los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma, quedando prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos. Sin embargo, esto no significa negar la naturaleza indeterminada del derecho penal, más bien esta norma la reconoce, al regular y exigir en estas áreas una interpretación restrictiva. De ahí que en materia penal la interpretación que está prohibida es la extensiva, en tanto que no está prohibida la analogía *in bonam partem*, esto es la que se hace a favor del reo u otra interpretación que favorezca al reo, cuando exista un espacio de indeterminación o la norma esté en la denominada zona de penumbra, siempre que dicha interpretación se dé a partir de la Constitución o instrumentos internacionales y se justifique adecuadamente.

En el plano fáctico, tenemos que la indeterminación puede ser más grave. Un estudio realizado en 1981 en los Estados Unidos para medir el "ruido" o contradicción en las sentencias, en el que participaron doscientos ocho jueces federales a quienes se les dio a cada uno dieciséis casos hipotéticos, se determinó que en solo tres de aquellos dieciséis casos hubo un acuerdo unánime en imponer una pena de prisión. Entre los jueces que consideraron correcto imponer una pena la variación fue muy marcada, por ejemplo, en un caso de fraude en el que la pena

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Ver, Artículo 13, Código Orgánico Integral Penal, R.O. Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

media de prisión era de 8,5 años, la pena más larga fue de cadena perpetua. En otro caso, la pena media de prisión fue de 1,1 años, pero la pena de prisión más larga recomendada fue de quince años.<sup>13</sup>

Se ha comprobado que es más probable que los jueces concedan la libertad condicional al comienzo del día o después de una pausa para comer que inmediatamente antes de dicha pausa. ¿Un juez hambriento es más duro? Un estudio realizado sobre miles de decisiones tomadas por tribunales de menores en Estados Unidos encontró que cuando el equipo de fútbol americano local pierde un partido el fin de semana, los jueces toman decisiones más duras el lunes y los acusados "negros" se llevan, con diferencia, la peor parte. En Francia hay un estudio que determina que los jueces son más indulgentes el día de su cumpleaños, otros estudios han encontrado un efecto significativo de las variaciones diarias de temperatura en la decisión del juez al tomar decisiones sobre migración, pues cuando hacía calor, era menos probable obtener asilo<sup>14</sup>.

Aceptar no solo la indeterminación normativa sino también la fáctica permite comprender la necesidad de aprender técnicas de litigación oral, con la finalidad de ofrecer la mejor versión de los hechos y saberla comunicar al juez o a la jueza, considerando que es un hombre o mujer de carne y hueso; y, que su decisión jurídica puede ser influenciada también por cuestiones extrajurídicas.

En el contexto del género, esto permite entender el por qué es necesario tomar pruebas psicológicas a los jueces y que estos sepan de filosofía del derecho, de sociológica jurídica, antropología, hermenéutica jurídica, etc. La primera disciplina permite conocer los prejuicios y el alma de los jueces; las demás permiten pulir sus anteojos conceptuales.

Al respecto, el filósofo Manuel Atienza sostiene:

"Mucho más importante que saberse las leyes es conocer la psicología del juez que ha de fallar el pleito. Es necesario saber de antemano, si al juez le gustan

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Ver, Daniel Kahneman, Ruido: Un fallo en el juicio humano (Editorial Debate: 2021), 142.

<sup>14</sup> Id, 143.

los escritos breves o muy largos y razonados; si en los divorcios es machista o feminista (...) y cuantos detalles revelen la personalidad del magistrado. Es indudable que (...) los planteamientos y argumentos que se empleen conviene configurarlos de acuerdo con la psicología del juez, pues, al final, de lo que se trata es de convencer a una persona determinada de la justicia (sic) que nos asiste, y no se puede razonar de la misma manera con personas de carácter e idiosincrasia diferentes" 5.

Con esto podemos concluir que efectivamente en el proceso de aplicación del derecho, incluido el derecho penal, hay espacios de indeterminación fáctica y jurídica que deben ser llenados por el juez o la jueza, quien a veces tienen que escoger entre varias opciones; pero hoy por hoy la persona juzgadora debe respetar ciertos principios y dar razones que justifiquen que su respuesta es la correcta, para evitar que pueda ser influenciado de manera indebida por cuestiones extrajurídicas como sus convicciones morales, políticas, su psicología e incluso móviles como la corrupción.

# 2.2 ¿Existen estereotipos o prejuicios en torno a las mujeres que puedan llegar a ser tan fuertes, a tal punto que alcancen a incidir en la forma de administrar justicia en perjuicio del género femenino?

Para responder la segunda pregunta, vamos a partir del análisis de cómo se da el proceso de enculturización del ser humano; empecemos anotando que según las cifras de la ONU, los países más equitativos del mundo son los países nórdicos, región que incluye a Noruega<sup>16</sup>. En este país, recientemente, se equiparó el sueldo entre jugadores y jugadoras de fútbol<sup>17</sup>, algo que en nuestro país parecería imposible. Ahora, supongamos por un instante que un avión con pasajeros noruegos sufre un accidente y pierde vuelo en Ecuador, llegando a sobrevivir solo cuatro niños recién nacidos que luego son adoptados y crecen

<sup>17</sup> Id.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Manuel Atienza, Las razones del Derecho (México: Universidad Autonóma de México, 2005), 129.

<sup>16</sup> Fut Fem. "La Federación noruega aprueba la igualdad salarial entre jugadores y jugadoras" (10-2017). https://www.futfem.com/internacional/000589/la-federacion-noruega-aprueba-la-igualdad-salarial-entre-jugadoras-y-jugadores

uno en cada región del país. Se verá que aunque sus fallecidos padres hayan sido cristianos ortodoxos, hayan hablado el idioma noruego; y, hayan tenido una idea muy avanzada en cuanto a equidad de género, esos atributos no serán heredados por los niños sobrevientes sino que los menores aprenderán los valores religiosos, el idioma y la forma de tratar a las mujeres, propia de la zona de Ecuador en la que crezcan. Es decir que aunque provengan de un país muy equitativo, lo seguro es que interioricen los prejuicios y estereotipos del lugar donde crezcan. Es lo que se denomina enculturación. Desde una perspectiva sociológica, se denomina cultura a todo lo que el ser humano aprende del medio social en que se desarrolla y no lo hereda biológicamente. El proceso en el cual se transmite esa cultura se le llama enculturación que un proceso consiente e inconsciente, lo que nos demuestra que, como decía Ortega y Gasset, el hombre es el yo y sus circunstancias¹8; o, como decía Pierre Bourdieu, el hombre no es un marioneta pero tampoco es quien controla los hilos de esa marioneta¹9.

Como se sabe, entre los rasgos que se heredan biológicamente a más del color de la piel, la forma de los ojos, la talla, también está el sexo; entre tanto que el género es una creación cultural, siendo la creación social de esos caracteres, lo que hace que hombres y mujeres sean considerados y valorados de forma diferente y asuman diferentes roles en cada sociedad, es decir, la idea de lo que es hombre o mujer, depende del medio en el que nos desarrollamos.

Ahora, en nuestra sociedades denominadas patriarcales se transmiten muchos prejuicios o estereotipos, en relación a lo que es o debe ser un buen hombre y una buena mujer, tales como: que un "verdadero hombre" no llora, debe tener varias mujeres, llevar la iniciativa en las relaciones, debe beber "como hombre", etc.; mientras que la "buena mujer" debe ser sumisa, llegar virgen al matrimonio, no vestir de manera provocativa, no salir en determinado horario, etc. De ahí que muchos creen que la mujer que no encasilla en el estereotipo de "buena mujer", puede ser utilizada como un objeto sexual porque se viste de manera provocativa, porque sale de noche, porque consume alcohol, etc. Esto puede ser la génesis de muchas

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Ver, José Ortega y Gasset, Meditaciones del Quijote (Publicaciones de la Residencia de Estudiantes: 1914), 12.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Ver, Pierre Bourdieu, Cosas dichas (Barcelona: Gedisa, 1987), 22.

agresiones y de muchos tratos discriminatorios en contra de la mujer, no solo de parte del agresor directo sino del sistema judicial que tolera aunque sea de manera inconsciente estos comportamientos<sup>20</sup>.

Sin embargo, la antropología nos revela con casos reales y de manera científica, que lo que acabamos de afirmar respecto a que el género y la idea que tenemos de lo que es ser hombre o mujer es una simple creación social.

Margaret Mead estudió a los arapesh, tchambuli y mundugumor, tres tribus primitivas de Nueva Guinea<sup>21</sup>: 1) En la tribu Arapesh observó que todos sus miembros, hombre y mujeres, se comportaban de una manera que en occidente consideramos como una actitud femenina; su conducta era tranquila, pacífica y afable, miraban las necesidades, intereses de los otros, evitan la agresividad y la competencia; 2) En los Tchambuli, en cambio es la mujer quien observa una conducta similar a lo que nosotros consideramos como masculina, pues es quien se dedica a la búsqueda del sustento en actividades como la pesca y dirige la comunidad, mientras que el varón realiza las tareas del hogar, asumiendo conductas atribuidas al otro género, mostrando mayor sensibilidad en aspectos como el arte y la búsqueda de la belleza; 3) El comportamiento de los Mundugumor resulta prácticamente inverso al de los Arapesh, siendo ambos sexos educados de manera que resultan agresivos, violentos y competitivos, se caracterizan por la hostilidad, agresividad, violencia y falta de consideración.<sup>22</sup>

Ahora, uno de los argumentos "evidentes" con los que se intenta justificar la existencia de roles diferentes entre hombre y mujeres es la diferencia física. Ethel M. Albert, una antropóloga que ha estudiado la conducta social de algunas tribus de África central, ha descrito que aunque en occidente se cree que los hombres, por su estructura esquelética y muscular, son más aptos para los trabajos pesados, la mayoría de africanos piensan lo contrario. Cuando se les comentó a las mujeres

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Ver, caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Margaret Mead. "Sexo, temperamento y aborígenes de Nueva Guinea" (11-2020). https://elobrero. es/la-zurda/59090-margaret-mead-sexo-temperamento-y-aborigenes-de-nueva-guinea.html
<sup>22</sup> Id.

africanas que en occidente sucede lo contrario, lo desaprobaron, a su juicio los hombres beben demasiado y no comen para mantener las fuerzas, son demasiado rígidos y tienen excesiva inclinación a ir de un lado a otro para desarrollar la clase de músculos y costumbres necesarias para una labor agrícola contínua. Opinan que los hombres no eran apropiados para esos trabajos<sup>23</sup>.

Observaciones como las de Margaret Mead, reflejaron que en diferentes culturas los roles atribuidos a hombres y mujeres eran diferentes. A partir de ello se deduce que, al contrario de lo que se pensaba en épocas anteriores, las diferencias biológicas existentes entre ambos sexos no determinan el funcionamiento social que deben tener hombres y mujeres sino que es la crianza y la transmisión cultural la que incita a la existencia de la mayor parte de diferencias sociales. De esta manera, el comportamiento, los roles y los rasgos atribuidos a cada sexo no se encuentran vinculados al sexo en sí. El motivo de que en algunos lugares el rol sea uno u otro puede encontrarse en que cada cultura, en sus inicios, establece un carácter o patrón de actuación deseable para sus componentes. Un patrón que termina por ser interiorizado y replicado a través de las generaciones<sup>24</sup>.

Ahora, a partir de todo lo dicho hasta aquí podemos afirmar dos hechos irrefutables: 1) La indeterminación del derecho o la indeterminación fáctica hace que el juez o jueza jueguen un papel activo en la creación del derecho judicial, proceso que puede estár influenciado por cuestiones extrajurídicas; 2) Hay estereotipos de género que juegan contra la mujer causando discrimen; esos estereotipos pueden estar presentes incluso de manera inconsciente y algunas veces pueden no ser detectables incluso por los mismos jueces. 3) La indeterminación anotada y los estereotipos pueden generar una mezcla letal que se pueden traducir en sentencias injustas en contra de la mujer.

Para ilustrar esta última afirmación vamos a tomar uno de los aspectos más sensibles como es la presencia de mitos o esterotipos presentes en el juzgamiento de los delitos sexuales.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Ver, Juan de Miguel Zaragoza, Elementos para una teoría africana de los derechos del hombre (Revista de estudios políticos, 1969), 168.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Oscar Castillero. "La teoría del género de Margaret Mead" https://psicologiaymente.com/psicologia/teoria-genero-margaret-mead

Investigaciones revelan que en los sistemas de justicia penal en los Estados Unidos y Canadá -al igual que en otros países- un caso de violación es menos probable de ser procesado sino encaja en el estereotipo de lo que es "una verdadera violación", esto es, si no implican un desconocido con un arma, violencia física grave y lesiones de las víctimas o sí la víctima ha consumido drogas o alcohol o por su conducta sexual anterior o porque se encuentra dentro de los comportamientos que se consideran de alto riesgo.

Bohner aborda el papel de los estereotipos en torno al tratamiento de los delitos de violación, empezando por definirlos:

"Creencias descriptivas o prescriptivas sobre la violación (sobre sus causas, contexto, consecuencias, agresores, víctimas y la interacción entre ellos) que sirven para negar, minimizar o justificar la violencia sexual que los hombres ejercen sobre las mujeres... Hay que considerar también que entre los tipos de mitos o estereotipos pueden estar: "los relacionados con el escepticismo ante la violación"... Ya en el campo judicial se han reportado investigaciones que han mostrado una "función cognitiva de los mitos en los juicios que emiten abogados, jueces y fiscales en casos de delitos sexuales"... Esta función cognitiva de los mitos también está presente en las propias víctimas. Así, cuando ellas sostienen mitos sobre lo que debe ser una violación genuina o real, pueden llegar a no considerar lo que les ha ocurrido como una agresión o incluso a culpabilizarse por su comportamiento, disminuyendo de esta forma la probabilidad de denunciar lo ocurrido<sup>25</sup>.

En la práctica apreciamos casos de violadores en serie, confesos, en donde la víctima fue amenazada simplemente con un esfero y agredida un medio día, a menos de doscientos metros de una Unidad Policial; hay casos en donde la víctima, al momento de dar su declaración es dominada por una sonrisa nerviosa o casos en donde la víctima comenzó a ser agredida desde muy temprana edad por su padre hasta llegar a tener varios hijos del agresor y hasta llegó a considerar que la presión que ejercía sobre ella era una facultad normal de su pareja.

.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Xaviera Camplá."La escala acceptance of modern myths about sexual aggression: validación para la población chilena" (07-2019). https://www.redalyc.org/journal/2430/243067142004/html/

Lamentablemente en nuestro país aún no se cree mucho en la jurisprudencia penal como una fuente creadora del derecho a tal punto que no hay la causal de casación por inobservar precedentes jurisprudenciales obligatorios en materia penal como sí ocurre en materia civil.

En cambio, hay países en donde se han tomado muy en serio la indeterminación del derecho y el peligro que representan los estereotipos de género, por lo que han adoptado una serie de líneas o parámetros para evitar que la creación del derecho judicial esté marcada por los prejuicios que afectan a las mujeres. Es el caso de Perú que a través de los denominados "acuerdos plenarios", han fijado una serie de recomendaciones a ser observadas al momento de juzgar los delitos sexuales. En Colombia, existe una página web del Comité Interinstitucional de Seguimiento y Monitoreo del Sistema Penal Acusatorio en donde se compila la jurisprudencia más relevante en temas de delitos sexuales, pues las altas cortes de Colombia han desplegado un papel muy activo en esta materia.

Atención especial merecen las pautas o cautelas fijadas por el Supremo Español para la valoración del testimonio de la víctima de delitos sexuales. Esas cautelas parten de la idea de que, si una mujer se atreve a denunciar un asunto que tiene que ver con lo más íntimo, está diciendo la verdad, pero en vista de que también pueden presentarse casos de falsas acusaciones, para respetar el principio de presunción de inocencia en la valoración de dicho testimonio se debe constatar ciertas cautelas, como que exista ausencia de móviles espurios, persistencia en la acusación y cierta corroboración periférica. Dichos parámetros no convierten al testimonio de la víctima en una especie de prueba tasada sino que son solamente orientativos. Esto determina que en estos delitos ocultos, muchos de los cuales suceden sin la presencia de testigos, el solo testimonio de la víctima pueda ser suficiente para condenar al procesado.

Pero existen muchas áreas del derecho en donde los esterotipos están presentes de manera muy sutil. En nuestro país la Corte Constitucional ha identificado casos como el de una abogada a la que no se le permitió ingresar al centro de rehabilitacion de Turi, en Cuenca, por su forma de vestir<sup>26</sup>. Hubo otro caso en donse se argüía que no se debía confiar la custodia o tenencia de los hijos a una madre porque

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Ver, Sentencia No. 751-15-EP/21, Caso № 751-15-EP, Corte Constitucional, 17 de marzo de 2021.

había una foto en estado etílico, saliendo de varios centros de diversión<sup>27</sup>. Si miramos a nuestro alrededor se verá la presencia de mucha violencia simbólica, violencia oculta en contra de nuestras madres, hermanas, amigas, novias, etcétera, que van desde reclamos por no haber realizado las labores del hogar, reclamos por no rendir cuentas todo el tiempo de lo que hacen o por no indicar donde se encuentran cuando están ausentes, etc.

#### 3. Conclusión:

Finalmente, es necesario una visión realista del derecho que nos permita reafirmar su naturaleza indeterminada y tomar las herramientas que ha creado la hermenéutica jurídica, para en vez de ignorar los problemas inherentes a la interpretación juridica, plantear soluciones que permitan evitar la arbitrariedad y acortar espacios de indeterminación mediante la creación de un derecho judicial respetuoso de los derechos de las mujeres y la exigencia de una adecuada argumentación a los jueces, a partir del respeto de determinados principios que garanticen de cierta forma que la respuesta interpretativa sea la más razonable, correcta o previsible. Solo aceptando esta nueva visión del derecho —que reconoce un papel activo al juez—, se puede trabajar para adoptar mecanismos que permitan evitar la arbitrariedad que se presenta cuando se dan respuestas coyunturales, llenas de prejuicios.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Ver, Sentencia No. 525-14-EP/20, Caso Nº 525-14-EP, Corte Constitucional, 08 de enero de 2020.

### Perspectiva de género y debida diligencia en las infracciones de violencia de género

Gender perspective and due diligence in gender violence offenses

Dr. Raúl Mauro Atancuri Niquinga Juez de la Unidad Judicial Penal con competencia en Infracciones Flagrantes de la parroquia Quitumbe, DMQ

raul.atancuri@funcionjudicial.gob.ec

**Recibido:** 31 de diciembre de 2021 **Aprobado:** 01 de julio de 2022

#### Resumen

En nuestra sociedad, la violencia de género es estructural. En el presente ensayo se busca identificar lo que significa aplicar la perspectiva de género en los procesos judiciales relacionados con la violencia de género a fin de que se tutelen los derechos de las víctimas; además, se establece la obligación de los operadores jurídicos de actuar con la debida diligencia en la investigación y juzgamiento de este tipo de casos de violencia, obligación impuesta por la Constitución ecuatoriana y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, se identifican aquellas actuaciones que la jurisprudencia de este organismo ha señalado como obligatorias frente a casos de diferentes tipos de violencia.

#### **Abstract**

In our society, gender violence is structural. This essay seeks to identify what it means to apply the gender perspective in judicial processes related to gender violence in order to protect the rights of victims; moreover, it establishes the obligation of legal operators to act with due diligence in the investigation and prosecution of this type of violence, an obligation imposed by the Ecuadorian Constitution and by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Finally, it identifies those actions that the jurisprudence of this organization has indicated as mandatory in cases of different types of violence.

#### Palabras clave

Género, violencia de género, perspectiva de género, debida diligencia, actuaciones obligatorias frente a casos de violencia de género.

#### Keywords

Gender, gender violence, gender perspective, due diligence, mandatory actions in cases of gender violence.

#### 1. Introducción

La Corte IDH es la intérprete legítima de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹ (en adelante Convención ADH), sea a través de los casos contenciosos que sobre violación de derechos resuelve o sobre la base de su facultad consultiva.

Los estados que han ratificado la Convención ADH, se obligan a incorporar a su derecho nacional el corpus iuris internacional que emana de dicha Convención. La Convención ADH obliga a los estados a su cumplimiento, sin que los estados puedan invocar su derecho interno para evadir sus obligaciones internacionales, esto en virtud del principio *pacta sunt servanda*<sup>2</sup>, por el cual, los tratados son vinculantes entre las partes y deben ser cumplidos en buena fe.

El artículo 2 de la Convención ADH obliga a los estados a adoptar las medidas necesarias y efectivas para garantizar los derechos y libertades protegidos, para lo cual deben adecuar su derecho interno para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas.

La Corte IDH, a través de su jurisprudencia determinó como obligación de los jueces la de "[...] ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 16 de junio de 1978.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Principio reconocido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"<sup>3</sup>. Así, la jurisprudencia emitida por la Corte IDH es de obligatoria observancia por parte de los jueces dentro de los procesos que conocen.

En materia de violencia contra la mujer, la jurisprudencia de la Corte IDH estableció que la Convención Belém do Pará obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer y adoptar las medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de este tipo<sup>4</sup>. La obligación de actuar bajo el principio de la debida diligencia se encuentra también previsto en el artículo 172 de nuestra Constitución vigente.

En este contexto, en este ensayo se identificará aquellas obligaciones impuestas por la jurisprudencia de la Corte IDH y que son de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces y otros operadores de justicia a fin de cumplir con las obligaciones estatales relativas a prevenir, investigar y sancionar violaciones a los derechos y libertades reconocidos en la Convención DH, que permitan la reparación integral de los derechos yulnerados.

Para tal efecto, en este ensayo se abordará un pequeño antecedente que ubica nuestra realidad normativa y sus efectos; definiciones de conceptos necesarios como género, perspectiva de género y debida diligencia, a fin de ubicar y comprender las especificidades propias de esta temática; finalmente, se identificarán los parámetros que la Corte IDH ha establecido son necesarios aplicar dentro de los procesos de violencia de género y que son de obligatorio cumplimiento por parte de juezas y jueces especializados y de otros operadores de justicia, incumplimiento que eventualmente podría acarrear responsabilidad del estado y la consecuente repetición contra los funcionarios responsables.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Corte IDH, "Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, párr. 123.

Corte IDH, "Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 253, 258.

### 2. Antecedentes

La violencia en contra de las mujeres acompaña la historia del Ecuador, normalizada e invisibilizada, ha destruido familias y afectado a la sociedad en su conjunto. Acompañan a esta historia, la lucha incansable de mujeres y grupos sociales a fin de visibilizar y eliminar este tipo de violencia que constituye una violación de los derechos humanos. Dentro de las varias acciones tomadas por el estado ecuatoriano para eliminar la violencia en contra de las mujeres, en el Código Orgánico Integral Penal (COIP)<sup>5</sup> se incluyó como infracciones varios tipos de violencia y se tipificó el delito de femicidio.

Posteriormente, a fin de garantizar una justicia especializada que atienda los casos de violencia de género, se expidió la Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la violencia contra las Mujeres (LOPELCM)<sup>6</sup>. Este cuerpo normativo estableció un sistema para la protección de las víctimas de género, modificó la competencia de los jueces especializados en violencia, para conocer, además de las contravenciones, los delitos de violencia de género, posteriormente, a través de una nueva reforma al COIP<sup>7</sup>, se les atribuyó competencia para conocer de los delitos contra la integridad sexual.

Por su parte, el Consejo de la Judicatura, órgano administrativo de la Función Judicial, debe capacitar y formar continuamente a los operadores de justicia especializados en esta temática, además de fortalecer la infraestructura institucional para la atención de los casos de violencia de género.

En Ecuador, desde el 10 de agosto de 2014, que se encuentra en vigencia el tipo penal de femicidio, hasta el 07 de noviembre de 2021, se han registrado 1263

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Ecuador, Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la violencia contra las Mujeres*, Registro Oficial No. 175, 05 de febrero de 2018.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Ecuador, Asamblea Nacional, Ley s/n, Registro Oficial No. 107, Suplemento, 24 de diciembre de 2019.

víctimas<sup>8</sup> de este delito, se han procesado 456 causas y se han dictado 419 sentencias condenatorias<sup>9</sup>. Las medidas adoptadas resultan insuficientes para evitar que se siga atentando contra la vida de las mujeres, muestra que la eliminación de la extrema violencia sigue siendo una tarea pendiente para todos.

### 3. Género

El género es una construcción histórico social, se basa en la diferencia sexual de hombres y mujeres, habilitando la asignación de roles sociales desde una -falsa- situación de superioridad del hombre sobre la mujer.

En palabras de Carole Pateman<sup>10</sup>, sigue siendo normal la división establecida por Locke entre la familia y lo político. Para Locke, las diferencias naturales de los hombres, son irrelevantes para determinar su igualdad política, sin embargo, las diferencias naturales entre hombres y mujeres implican el sometimiento de éstas a aquellos. Locke, para justificar que el poder político es un poder específico, parte de la premisa del dominio de los maridos sobre las esposas. Para Locke, la subordinación de la esposa a su marido se basa en la naturaleza, la voluntad del marido prevalece en el hogar porque es por naturaleza el más capaz y el más fuerte. Una persona subordinada por naturaleza no puede ser al mismo tiempo un ser libre e igual. Las mujeres, al ser excluidas del estatus de individuos, también lo son de la participación en el mundo público de la igualdad, el consenso y la convención.

Una sociedad con una visión androcentrista se constituye en una sociedad patriarcal, ubicando a los hombres en el centro del universo social y como reflejo -tal cual lo sería un Dios- de lo que la sociedad debe ser, marcando las pautas

<sup>8</sup> Femicidios Ec, acceso 25 de noviembre de 2021, https://www.funcionjudicial.gob.ec/victimas%20 de%20femicidio.htm

Femicidios Ec, acceso 25 de noviembre de 2021, https://www.funcionjudicial.gob.ec/estadodelr-procesofemicidiosymuertesviolentas.html

<sup>10</sup> Carole Pateman, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", en El género en el derecho. Ensayos críticos, Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, compiladores, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 41-42.

excluyentes en relación con las mujeres. Se construyen estereotipos de género que ocasionan que la violencia de género se naturalice, dejándola en el ámbito de lo privado, espacio donde la mujer es víctima y pocas veces denuncia al agresor<sup>11</sup>, institucionalizado la desigualdad entre hombres y mujeres, fortaleciendo estructuras que resultan difíciles de destruir y que imperan en los diferentes ámbitos de la vida social (denominados techo de cristal y piso pegajoso).

Para la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH), los estereotipos de género se refieren a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar a la subordinación de la mujer con prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes.<sup>12</sup>

Es necesario concientizar sobre el uso de estereotipos de género, su uso plasma la desigualdad histórica entre mujeres y hombres, su eliminación coadyuva a la eliminación de la violencia de género, caso contrario pasará desapercibida y permanecerá indemne.

### 4. Perspectiva de género

La perspectiva de género es una herramienta indispensable para investigar y juzgar los casos de violencia de género, su utilización permite una actuación eficaz y eficiente de los operadores de justicia para la tutela efectiva de los derechos de las víctimas.

En los considerandos de la LOPELCM, se establece: "La voz de las organizaciones de mujeres ha revelado escalofriantes cifras como las presentadas en la Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las mujeres (2011) que demuestra que, en el Ecuador, 6 de cada 10 mujeres habían sido víctimas de violencia, es decir, más de 3.2 millones de mujeres han sufrido algún tipo de violencia por el hecho de ser mujeres. Por otra parte, 1 de cada 4 mujeres ha vivido violencia sexual; sin embargo, la violencia psicológica es la forma más recurrente de violencia de género. En el 76 % de los casos de violencia de género contra las mujeres, el agresor ha sido su pareja o ex pareja".

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Corté IDH, "Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 180.

Juzgar con perspectiva de género implica que los juzgadores identifiquen y analicen en los casos sometidos a su conocimiento las situaciones de violencia reales o posibles ejecutadas en contra de las mujeres.

La delimitación de los hechos bajo esta perspectiva serán determinantes para la adecuación normativa, es decir, permitirá identificar la correcta adecuación de cierta situación fáctica que requiere de una calificación jurídica.

A manera de ejemplo se puede considerar el divorcio por causal de abandono injustificado alegado por el cónyuge. En el proceso se puede probar que efectivamente la cónyuge abandonó el hogar por el tiempo establecido en la ley para que opere esta causal, sin embargo, qué pasa si la cónyuge alega que se vio forzada al abandono debido a la constante violencia física, psicológica y sexual ejercida por su pareja, hechos no denunciados por vergüenza y presión de familiares, los jueces están obligados a analizar esta situación para adoptar la resolución. En un proceso laboral donde se pretende la terminación de la relación laboral por parte del empleador frente a lo cual la trabajadora alega que ha solicitado el cambio del lugar del trabajo frente a actos de acoso sexual de los que ha sido víctima por parte del jefe de área, debido a que no se ha atendido su requerimiento ha dejado de asistir a su lugar de trabajo, sin embargo, su ánimo no es el de terminar la relación laboral. Constituyen situaciones de violencia de género que se deben visibilizar y que los jueces deben considerar al momento de resolver.

En el Código Orgánico Integral Penal, cuerpo normativo que contiene el catálogo de delitos y las normas procesales con las que se tramitan los procesos penales, no existe referencia alguna a la perspectiva de género, a lo sumo, contiene ciertas normas que evitan la revictimización para ciertos delitos que normalmente se comenten en contra de las mujeres; sin embargo, la Constitución de la República garantiza a sus habitantes una vida libre de violencia en el ámbito público y privado<sup>13</sup>, prestando atención prioritaria a las víctimas de violencia doméstica y sexual<sup>14</sup>, garantizando la igualdad formal y material<sup>15</sup>, lo que torna imperante su aplicación.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 numeral3, literal b). (CRE).

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Ibíd., art. 35.

<sup>15</sup> Ibíd., art. 11 numeral 2.

Si los jueces desconocen lo que implica juzgar con perspectiva de género seguramente tendrá como resultado la revictimización de la víctima y la impunidad del agresor. La perspectiva de género rebasa lo netamente jurídico, incluyen la sensibilización y concientización frente a la situación de las víctimas de violencia.

En el caso Campo Algodonero, la Corte IDH determinó que la construcción social patriarcal y androcéntrica produce violencia; que la violencia contra las mujeres tiene sus raíces en conceptos de inferioridad y subordinación, que los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar no son casos aislados, esporádicos o episódicos, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades fundadas en una cultura de violencia y discriminación basada en el género.<sup>16</sup>

La aplicación de la perspectiva de género permite visibilizar la construcción social que ha marcado históricamente la diferencia entre hombres y mujeres y que se refleja en las relaciones de poder existentes en el ámbito público y privado.

La violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y, es "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", que "trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases"<sup>17</sup>.

Nuestra sociedad es desigual, existen relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, normalizado la subordinación de la mujer por la razón de serlo. Involuntariamente hemos crecido asumiendo como ciertos estereotipos que determinan la asignación de roles a las mujeres. Estas relaciones y estereotipos han permeado toda relación social y su producto, entre otros el normativo, por lo cual se torna imperante la aplicación de la perspectiva de género para visibilizar esta problemática y ofrecer una respuesta adecuada.

<sup>16</sup> Corte IDH, "Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 133.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Corte IDH, "Sentencia de 16 de febrero de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil, 16 de febrero de 2017, párr. 245.

La aplicación de la perspectiva de género en los procesos judiciales implica: a) identificar si en los casos se presentan relaciones de poder que subordinen a la mujer y que influyan en los hechos del caso; b) la existencia de violencia de género de algún tipo que influya en la conducta de la mujer; c) analizar la prueba de los hechos libre de estereotipos, criterios preconcebidos basados en prejuicios de género; d) verificar si los funcionarios públicos que conocieron el caso actuaron con la debida diligencia y cumplieron con las funciones a las que están obligados según la ley o los protocolos vigentes; e) considerar que la violencia de género en contra de las mujeres constituye violación a los derechos humanos, lo que le obliga al operador de justicia argumentar sobre aquella y adoptar las decisiones necesarias que impidan que esta situación continúe.

Es necesario que quienes juzguen este tipo de infracciones sean especializados en perspectiva de género., puesto que, "[l]os jueces que comparten estereotipos de género similares acerca de las mujeres consideradas sospechosas consecuentemente puede[n] provocar que la decisión de su inocencia o culpabilidad no se fundamente en evidencia apropiada [...]".<sup>18</sup>

La Corte IDH ha señalado que, la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede ocasionar la descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal. Los estereotipos basados en la forma de vestir, la ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor atribuyen tácitamente la responsabilidad de los hechos en la víctima, lo que provoca a su vez la inacción de fiscales, policías y jueces ante los hechos violentos. Estos estereotipos terminan afectando directamente a la investigación del caso y la valoración de la prueba.<sup>19</sup>

El uso de estereotipos relacionados con los roles de género asignados a la madre y padre de los niños, tales como el rol femenino, el modelo sexual atribuido a dicho rol, cuya inobservancia es observada como una conducta irregular, no apropiada al rol asignado socialmente<sup>20</sup>, afecta a la adopción de una resolución justa, resultando discriminatorio, tornándose indispensable la aplicación de la perspectiva de género para la tutela efectiva de derechos.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Corte IDH, "Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 272.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Corte IDH, "Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 170.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Corte IDH, "Sentencia de 09 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas)", caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala., 09 de marzo de 2018, párr. 296.

### 5. Debida diligencia

La Constitución establece que los operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.<sup>21</sup>

En Ecuador se han mediatizado casos donde se verifica la falta de actuaciones investigativas con perspectiva de género frente a la muerte de mujeres. La investigación penal con perspectiva de género cobra relevancia cuando se trata de la muerte de una mujer en un contexto de violencia. Los funcionarios públicos que participan en la investigación están obligados a investigar las posibles motivaciones basadas en el género de la víctima que provocaron los actos de violencia en su contra.

Se debe prestar especial atención cuando se identifique hechos previos o presentes de violencia física, psíquica o sexual en contra de la víctima. La investigación penal debe realizarse bajo perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas.

Si los funcionarios encargados de tratar la violencia de género (prevenir, sancionar, reparar) no se encuentran capacitados y sensibilizados para abordar integralmente estos casos, no podrán identificar aquellos factores de riesgo que afectan a los derechos de las víctimas, tampoco podrán valorar adecuadamente la prueba dentro de los procesos judiciales, menos, reparar integralmente a las víctimas de violencia de género.

La Corte IDH ha establecido la obligación que tiene los estados de actuar con debida diligencia dentro de los casos de violencia contra las mujeres. La aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH dictada frente a casos de violencia de género constituye una forma de aportar con la eliminación de este tipo de violencia.

La actuación negligente, sin perspectiva de género, de los funcionarios públicos designados para la tutela de derechos de las víctimas de violencia de género, genera violación de los derechos humanos de las mujeres violentadas, fomenta un ambiente de impunidad, facilita y promueve la repetición de la violencia de género

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> CRE, art. 172.

y envía un mensaje a la sociedad de que la violencia de género es tolerada y aceptada, perpetuándola.<sup>22</sup>

Los estados, para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, una aplicación efectiva del mismo y, políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia.<sup>23</sup>

De manera general, en casos de denuncia de actos de violencia contra la mujer, es necesario que se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por una persona de su confianza si así lo desea. El examen debe realizarse conforme con los protocolos dirigidos específicamente a documentar evidencias en casos de violencia de género.<sup>24</sup>

### 5.1. Casos de homicidios por razón de género

La Corte IDH<sup>25</sup> ha establecido que, en casos de sospecha de homicidio por razón de género, el estado está obligado a ordenar de oficio los exámenes y pericias correspondientes tendientes a verificar si el homicidio tuvo un móvil sexual o si se produjo algún tipo de violencia sexual. La investigación no debe limitarse

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Corte IDH, "Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014, párr. 208.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Corte IDH, "Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 258.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Corte IDH, "Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 252.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Corte IDH, "Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014, párr. 188.

a la muerte de la víctima, debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual. Es necesario que se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia. Las primeras fases de la investigación son cruciales en casos de homicidio contra la mujer por razón de género. En la autopsia se debe examinar cuidadosamente las áreas genital y para-genital en búsqueda de señales de abuso sexual, así como preservar líquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima.

Las autoridades estatales que conducen una investigación por muerte violenta de una mujer, deben:

- 1. Identificar a la víctima;
- 2. Recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables;
- 3. Identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga;
- 4. Determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte; y,
- 5. Distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados<sup>26</sup>. El Estado -por ende, un funcionario público- puede ser responsable por dejar de "ordenar, practicar o valorar pruebas que hubieran sido de mucha importancia para el debido esclarecimiento de los homicidios".<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Ibíd., párr. 152.

-

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Corte IDH, "Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 151.

### 5.2. Cadena de custodia y reserva de cremación en caso de muerte violenta de una mujer

La debida diligencia en una investigación médico-legal de una muerte exige el mantenimiento de la cadena de custodia de todo elemento de prueba forense. Debe registrarse por escrito, de forma precisa, complementada por fotografías y demás elementos gráficos, para documentar la historia del elemento de prueba a medida que pasa por las manos de diversos investigadores encargados del caso. La cadena de custodia puede extenderse más allá del juicio y la condena del autor, dado que las pruebas antiguas, debidamente preservadas, podrían servir para la revisión del proceso de una persona condenada erróneamente. La excepción la constituyen los restos de víctimas positivamente identificadas que pueden ser devueltos a sus familias para su debida sepultura, con la reserva de que no pueden ser cremados y que pueden ser exhumados para nuevas autopsias.<sup>28</sup>

#### 5.3. Casos de violencia sexual

En una investigación penal por violencia sexual es necesario que se verifique lo siguiente:

- Se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia;
- 2. Se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso; y,
- 3. Se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación. En casos donde se sospeche actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Ibíd., párr. 153.

de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género.<sup>29</sup>

### 5.4. Necesidad y oportunidad del examen ginecológico

En los casos de denuncia de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática a la presunta víctima. El peritaje ginecológico debe realizarse lo más pronto posible, de considerarse procedente su realización y con el consentimiento previo e informado de la víctima, deberá realizarse durante las primeras 72 horas a partir del hecho denunciado, con base en un protocolo específico de atención a las víctimas de violencia sexual. Esto no obsta a que el peritaje ginecológico se realice con posterioridad a este período, con el consentimiento de la víctima, toda vez que, es posible científicamente que las evidencias puedan ser encontradas tiempo después del acto de violencia sexual.

La procedencia de un peritaje ginecológico debe ser considerada sobre la base de un análisis realizado caso por caso, tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se alega que ocurrió la violencia sexual. La procedencia de un peritaje ginecológico debe ser motivada detalladamente por la autoridad que la solicita y, en caso de no ser procedente o no contar con el consentimiento informado de la víctima, el examen debe ser omitido, lo que en ninguna circunstancia debe servir de excusa para desacreditar a la presunta víctima y/o impedir una investigación<sup>30</sup>.

#### 5.5. Prueba en infracciones sexuales

La violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en contra de una persona, sin su consentimiento, comprende la invasión física del cuerpo humano y pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno<sup>31</sup>.

-

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Corte IDH, "Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 242.

<sup>30</sup> lbíd., párr. 258.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Corte IDH, "Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", caso J. Vs. Perú, 27 de noviembre de 2013, párr. 358.

El delito de violación sexual debe entenderse a todo acto de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. Para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea. La penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal<sup>32</sup>.

Los actos contra la voluntad que involucren zonas como los senos y el área genital de la víctima, constituyen violencia sexual<sup>33</sup>.

Es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. No en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales<sup>34</sup>.

Es necesario eliminar la práctica de desvalorización de la víctima en función de cualquier estereotipo de género negativo que genere su culpabilización, y que, provoca la desvaloración de la responsabilidad del o los eventuales agresores<sup>35</sup>.

Los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los operadores de justicia encargados de investigar las denuncias por violencia de género, influyendo en su percepción para identificar un hecho de este tipo, afecta su evaluación sobre la credibilidad de los testigos y de la víctima. Los estereotipos de género "distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización. Los casos en que estos

<sup>33</sup> Corte IDH, "Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 194.

<sup>32</sup> lbíd., párr. 359.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Corte IDH, "Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, 30 de agosto de 2010, párr. 124.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Corte IDH. "Sentencia de 24 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala, 24 de agosto de 2017, párr. 172.

estereotipos son aplicados por los operadores de justicia, impiden el desarrollo de investigaciones apropiadas, denegándose el derecho al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de las mujeres<sup>36</sup>.

Las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género<sup>37</sup>.

La Corte IDH ha resaltado que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas<sup>38</sup>.

Los operadores de justicia deben considerar y analizar en su motivación que las infracciones sexuales constituyen un tipo particular de agresión, caracterizada por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Los juzgadores no pueden esperar ni exigir pruebas gráficas o documentales. En este contexto, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre los hechos. Los operadores de justicia deben considerar además que, las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente<sup>39</sup>.

Los juzgadores deberán considerar que la ausencia de señales físicas en el cuerpo de la víctima, no implica que no se han producido actos en su contra, es frecuente que la violencia en su contra no deje marcas ni cicatrices permanentes. En las infracciones sexuales, no necesariamente se verá reflejada su ocurrencia a través de un examen médico, no todos los casos de violencia sexual ocasionan lesiones físicas

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Ibíd., párr. 173.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Corte IDH, "Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 170.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Corte IDH, "Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 278.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Corte IDH, "Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Caso J. Vs. Perú, 27 de noviembre de 2013, párr. 323.

o enfermedades verificables a través de un examen<sup>40</sup>. En los casos donde se alegue agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima<sup>41</sup>, lo que implica una argumentación específica sobre este tema por parte del juzgador.

Las víctimas de violencia sexual tienden a utilizar términos poco específicos al momento de realizar sus declaraciones y no explicar gráficamente las particularidades anatómicas de lo sucedido<sup>42</sup>. Las declaraciones de las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático cuyo impacto puede ocasionar imprecisiones al recordarlos. Las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad<sup>43</sup>. En este contexto, el testimonio anticipado de la víctima se torna de mucha importancia a fin de contar la mayor cantidad de información sobre los hechos, que luego se complementará con información sobre el efecto provocado por los actos de violencia.

Para la recepción de la declaración de la víctima de actos de violencia de género o violación sexual, se debe contar con un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza. La declaración debe registrarse evitando o limitando la necesidad de su repetición. La declaración debe ser consentido por la víctima y deberá contener lo siguiente:

- La fecha, hora y lugar del acto de violencia sexual perpetrado, incluyendo la descripción del lugar donde ocurrió el acto;
- 2. El nombre, identidad y número de agresores;
- 3. La naturaleza de los contactos físicos de los que habría sido víctima;

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Ibíd., párr. 329.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Corte IDH, "Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 360.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Corte IDH, "Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), caso J. Vs. Perú, 27 de noviembre de 2013, párr. 360.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Corte IDH, "Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 150.

- 4. Si existió uso de armas o retenedores;
- 5. El uso de medicación, drogas, alcohol u otras substancias;
- 6. La forma en la que la ropa fue removida, de ser el caso;
- 7. Los detalles sobre las actividades sexuales perpetradas o intentadas en contra de la presunta víctima;
- 8. Si existió el uso de preservativos o lubricantes;
- 9. Si existieron otras conductas que podrían alterar la evidencia; y,
- 10.Detalles sobre los síntomas que ha padecido la presunta víctima desde ese momento<sup>44</sup>.

Estas son algunas pautas establecidas por la Jurisprudencia de la Corte IDH que los operadores de justicia que intervienen en los casos de violencia de género deben observar necesariamente. Estas reglas permitirán, en cierta medida, que se haga efectiva la tutela judicial efectiva de las víctimas de violencia de género y la eliminación de este tipo de violencia.

### 6. Conclusiones

En Ecuador la violencia de género es un problema social presente en todas las esferas de la sociedad. Pese a los esfuerzos de grupos sociales y reformas normativas la eliminación de la violencia de género sigue siendo un problema estructural que afecta directamente a las mujeres, principalmente, ocasionando la vulneración de sus derechos.

Las reformas normativas han resultado insuficientes puesto que, tratándose de un problema estructural, debe abordarse desde varias aristas, principalmente desde la prevención. Los casos que se judicializan son hechos consumados, a fin de que el estado garantice el derecho a la tutela judicial efectiva, sus funcionarios deben aplicar la debida diligencia en la investigación y juzgamiento, lo contrario ocasión

<sup>44</sup> lbíd., párr. 249.

que se vulneren los derechos de las víctimas y que la sociedad siga normalizando la violencia contra las mujeres y generando una sensación de que en estos casos se permite la impunidad.

Los operadores de justicia y todos los funcionarios que atiendan caso de violencia de género deben aplicar la perspectiva de género en sus funciones. La perspectiva de género implica reconocer que en nuestra sociedad ha sido construida desde una visión androcéntrica, el hombre como el ideal de perfección, subordinando a las mujeres, asignándoles ciertos roles en razón de su sexo, generando el uso de estereotipos de género.

Este reconocimiento permitirá que los estereotipos de género no sean aplicados a los casos bajo conocimiento, permitiendo de esta manera, adoptar una investigación que permita visibilizar la violencia generada en contra de las mujeres, así como, los factores de riesgo presentes.

El derecho, al igual que la sociedad, está llamado a construirse, deconstruirse y reconstruirse. La perspectiva de género se convierte en la herramienta necesaria que permite a los operadores de justicia comprender el contexto de violencia que se reproduce en nuestras sociedades e identificar elementos asociados a esta problemática dentro de los procesos judiciales que permitan su correcto juzgamiento que tiendan a su erradicación.

La identificación de hechos de violencia de género dentro de los procesos judiciales deberá analizarse necesariamente por los juzgadores, quienes deberán incluir-los en su motivación y adecuación normativa de los hechos.

La debida diligencia implica que los operadores de justicia realicen todas las diligencias necesarias de forma oportuna y completa frente a los casos donde sea posible determinar la existencia de violencia de género. Las pautas identificadas por la Corte IDH constituyen un insumo necesario y de aplicación obligatoria en la investigación y juzgamiento de hechos de violencia de género.

# Sistema de justicia penal ¿Es obligatorio juzgar con perspectiva de género?

Criminal justice system, is it mandatory to judge with a gender perspective?

Andrés Sebastián Cevallos Altamirano Investigador jurídico

acevallos1603@uta.edu.ec

**Recibido:** 31 de diciembre de 2021 **Aprobado:** 01 de julio de 2022

### Resumen

las practicas sociales Varias son discriminatorias por razones de género que se han perpetuado en el tiempo, generando desigualdad y violaciones a los derechos y libertades fundamentales, especialmente, de las mujeres. De forma irreflexiva se han aceptado y reproducido estereotipos y sesgos cognitivos fuertes en la actividad judicial. La investigación responde a algunas preguntas sobre la perspectiva de género ¿Es necesario juzgar con perspectiva de género? ¿Qué obliga a operadores de justicia? ¿Cuáles son los retos al momento de valorar la prueba? Decidir y argumentar con perspectiva de género? A partir de estas cuestiones se realizó una búsqueda sistemática en diversas fuentes bibliográficas y de la doctrina mayoritaria. Se evidenció como resultado que en el Ecuador los operadores de justicia están obligados a juzgar con perspectiva de género. Por lo que se reconoce un sólido marco jurídico y los verdaderos desafíos que presenta la administración de justicia a la hora de valorar la prueba y argumentar.

### **Abstract**

There are several discriminatory social practices based on gender that have been perpetuated over time, generating inequality and violations of fundamental rights and freedoms, especially those of women. Strong stereotypes and cognitive biases have been unthinkingly accepted and reproduced in judicial activity. The research answers some questions about the gender perspective Is it necessary to judge with a gender perspective? What obliges justice operators? What are the challenges at the moment of evaluating the evidence? To decide and argue with a gender perspective? Based on these questions, a systematic search was carried out in various bibliographic sources and in the majority doctrine. As a result, it became evident that in Ecuador the operators of justice are obliged to judge with a gender perspective. Therefore, a solid legal framework and the real challenges presented by the administration of justice when it comes to assessing evidence and arguing are recognized.

### Palabras clave

Justicia Penal, Obligación, Perspectiva de género, Administradores de justicia, estereotipos, retos.

### **Keywords**

Criminal Justice, Obligation, Gender perspective, Justice Administrators, stereotypes, challenges.

### 1. Introducción

Las sociedades actuales se han visto históricamente marcadas por una diferenciación entre el hombre y la mujer, no solo en el aspecto biológico, si no social, cultural o laboral. Dejando ver una sociedad discriminadora, sustentada en normas que favorecen al machismo<sup>1</sup>. Es suficiente con echar una mirada a las malas prácticas sociales que se transforman en creencias. Por lo general, perjudican mayoritariamente al género femenino, pero no exclusivamente a este.

Por ejemplo, en el último Estudio Mundial sobre Homicidios revela que el 81% de las víctimas de homicidios son hombres<sup>2</sup>. Sin embargo, los hombres son los más propensos a ser los agresores, el 90% de los homicidios cometidos son cometidos por hombres, y de las víctimas que son mujeres, el 82% de los homicidios son cometidos por sus parejas íntimas<sup>3</sup>.

Esto demuestra que en la sociedad existe y se genera estereotipos de género como relaciones asimétricas de poder entre hombre y mujeres. En palabras gráficas, los estereotipos se siguen aceptando, normalizando y difundiendo en nuestras prácticas sociales y jurídicas.

En el Ecuador no existen estudios científicos sobre la obligación de juzgar con perspectiva de género. Los estudios que se aproximan se han enfocado en varios

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Andrés Cevallos, "Incidencia de la violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar en tiempos de pandemia", Revista Jurídica Crítica y Derecho 2 (2021), 11-29.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Estudio Mundial sobre el Homicidio" (julio de 2019). https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIOS\_EN\_ESPANOL. pdf, 29.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> lbíd., 30.

aspectos: el Consejo de la Judicatura con su "Guía para la administración de justicia con perspectiva de género" brinda un acercamiento a los estereotipos y la necesidad de la perspectiva de género<sup>4</sup>, el Consejo Nacional para la Igualdad de Género plantea lineamientos para la igualdad de género en el contexto de la crisis sanitaria<sup>5</sup> y, la Defensoría del Pueblo en su selección de ensayos sobre la violencia contra la mujer topa aspectos trascendentales sobre las relaciones de poder<sup>6</sup>.

Sin embargo, dentro de los estudios antes mencionados no cuentan con un sustento teórico suficiente que vislumbre la obligación normativa de los operadores de justicia en implementar en su actividad judicial el juzgamiento con perspectiva de género. Para cumplir con el objetivo responde a las siguientes cuestiones: ¿Es necesario juzgar con perspectiva de género? ¿Qué obliga a operadores de justicia? ¿Cuáles son los retos al momento de valorar la prueba? ¿Decidir y argumentar con perspectiva de género? Es necesario hilvanar fino y mantener una posición neutral para el desarrollo, pues la perspectiva de género está en otros temas como: en la argumentación, filosofía, interpretación normativa, concepto de derecho, deberes de los jueces, entre otros.

Por otro lado, aporta significativamente al responder a los principales argumentos en contra de la implementación de la perspectiva de género. No debe soslayarse que la importancia es aportar en el acervo científico; y, plantear y poner en evidencia la necesidad de implementar un protocolo que guíe a los operadores de justicia en la actividad judicial. Resulta evidente su necesidad, pues, servirá de base para futuras investigaciones y soluciones efectivas y eficaces, debido a que la sociedad exige respuestas de la administración de justicia.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Consejo de la Judicatura, "Guía para la Administración de Justicia con perspectiva de Género." (2018). https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Guía 2018genero.pdf.

Consejo Nacional para la Igualdad de Género, "Lineamientos del Consejo Nacional para la Igualdad de Género frente a la crisis sanitaria, para su implementación en las instituciones del Estado." (mayo de 2020). https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SexualOrientation/IESOGI-COVID-19/ States/Ecuador.pdf.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador-Universidad UTE, Violencia contra las mujeres en Ecuador: Selección de ensayos. (Quito, 2020).

## 2. Breve contextualización de la necesidad de la perspectiva de género en la actividad judicial

### 2.1. Estereotipos normativos y sesgos de género

Un estereotipo de género es aquella visión generalizada en la sociedad como una idea percibida respecto de las características y atribuciones o, a su vez, de los roles que deben poseer y desempeñar hombres y mujeres<sup>7</sup>. Esto promueve la limitación de la capacidad que tienen las personas para tomar decisiones, desarrollar sus actividades en cualquier ámbito y ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

Un estereotipo normativo en el derecho penal es aquella redacción de un tipo penal que, aparentemente se describe de una manera neutral, empero, está dotada de un significado con estereotipo o ideología. Un ejemplo claro es el delito de violación en el Código Orgánico Integral Penal (COIP): "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 [...]8".

A primera vista, se consideraría un tipo penal neutral aplicable para hombres y mujeres, sin embargo, la legislación es insuficiente cuando existe una violación inversa. Esto puede incidir en que el COIP refuerce los estereotipos y contribuya a una difícil superación.

Un breve ejemplo en el derecho de familia sería el antiguo articulado donde se da una preferencia a la madre sobre la tenencia del menor de edad.

World Health Organization, "Gender and health." (Mayo de 2021). https://www.who.int/health-to-pics/gender#tab=tab\_1, 1.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Código Orgánico Integral Penal, art.17.

La utilización de estereotipo de género y normativos perjudican porque impide el normal desarrollo de las habilidades personales de hombres y mujeres; y, es dañina cuando genera violaciones de los derechos y libertades fundamentales. Además, generan sesgos cognitivos, no solo a los abogados o fiscales, sino también a los administradores de justicia. Gascón<sup>9</sup> menciona que poco o nada se ha restada atención sobre los sesgos cognitivos que pueden afectar en la interpretación o valoración de aquellos datos que proviene de un caso. En un reciente estudio de Bonventre<sup>10</sup> los sesgos de confirmación representan una amenaza para la valoración de los análisis forenses.

Por ejemplo: en el Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador se evidenció que la administración de justicia ecuatoriana no ha comprendido la exigencia de entender desde una perspectiva de género en el marco de los roles<sup>11</sup>. En términos de la Corte IDH: "[...] la investigación no fue conducida con una perspectiva de género y se demostró que hubo faltas a la debida diligencia y actos de sesgo discriminatorio en la misma."<sup>12</sup>.

De las situaciones anteriores es preocupante porque se evidencia que, en cierta medida, el Estado ecuatoriano no ha impedido la aplicación y reproducción de estereotipos de género a través de sus prácticas jurídicas. No sorprende, por tanto, que, en el ordenamiento jurídico exista estereotipos que, se perpetúan en el tiempo e influyen como un efecto cascada en la sociedad.

### 2.2. Principales delitos de género

Es justo reconocer que, varias han sido las décadas y los esfuerzos del activismo feminista demostrando la naturaleza política de varios aspectos, demostrando

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Marina Gascón. "Ideas para un 'control de fiabilidad' de las pruebas forenses. Un punto de partida para seguir discutiendo", en *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal*. coord. Pablo Rovatti. (Ciudad de México: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2021), 59.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Catherine Bonventre, "Wrongful convictions and forensic science", Wiley Interdisciplinary Reviews: Forensic Science, 2021, 1406 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Ibíd., párr. 225

que la violencia masculina contra las mujeres tiene su génesis en las relaciones de poder imperante. Los principales delitos donde se vislumbra las relaciones de poder entre hombres y mujeres son en el femicidio, violencia de género, delitos de odio, entre otros.

Según datos publicados por la Fiscalía General del Estado (FGE) del 1 de enero al 7 de noviembre de 2021 hubo 55 femicidios en el Ecuador<sup>13</sup>, no obstante, la Asociación Latinoamericana para el Desarrollo Alternativo (ALDEA) plantea estadísticas más agravantes y disonantes, según este colectivo del 1 de enero al 15 de noviembre de 2021 hubo 172 femicidios en el país, existiendo u femicidio cada 44 horas<sup>14</sup>.

Al respecto conviene decir y plantear ¿Existen suficientes operadores de justicia especializados para juzgar estos delitos? La realidad es poco alentadora, en el Ecuador existe solo 15 juzgadores en Unidades de Violencia contra la Mujer y la Familia de los cuales 7 son de sexo masculino y 8 de sexo femenino<sup>15</sup>.

Las estadísticas sobre las brechas de género siguen presentes, demostrando la desigualdad que tienen tantos hombres y, en mayor grado, mujeres en desarrollarse en igualdad de condiciones. Se evidencia que en la sociedad sigue en vigor los estereotipos de género. Los tribunales forman parte esencial de la praxis jurídica en su ejercicio deberían ser capaces de no reproducir de manera consciente e inconsciente los estereotipos, es necesario, integrar la perspectiva de género en las actuaciones porque son encargados de juzgar.

-

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Fiscalía General del Estado, "Ecuador: Las cifras del femicidio." (noviembre de 2021), https://www. fiscalia.gob.ec/estadisticas-fge/.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> ALDEA, "2021 ya es el año más violento contra las mujeres y las niñas desde que se tipificó el feminicidio", 2021, noviembre de 2021., http://www.fundacionaldea.org/noticias-aldea/mapfeminicidionov2021.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Consejo de la Judicatura, "Distributivo del personal de la institución," (noviembre de 2021). http://www.funcionjudicial.gob.ec/lotaip/index.php/2021/2021.

## 3. ¿Qué es perspectiva de género?

Una constante en la literatura de la perspectiva de género, en el ámbito jurídico, es que varios autores lo definen de manera diferente. Para Payatos es una herramienta inclusiva<sup>16</sup>, para Palomo es una metodología<sup>17</sup>, para Maturana es una forma de interpretación y aplicación normativa<sup>18</sup>. Todas estas son dotadas de significado jurídico diferentes, pero con el objetivo fundamental y básico de hacer realidad el derecho a la igualdad.

No existe una definición universal para la perspectiva de género. A juicio de Ortiz<sup>19</sup> la perspectiva de género es la comprensión de las dimensiones socioculturales para la construcción de la identidad mediante el reconocimiento de los derechos para las mujeres y hombres de una sociedad.

Sin embargo, para dilucidar mejor, debido a que la perspectiva de género comprende más que una dimensión sociocultural y, que una variable de análisis, es necesario partir de una diferenciación clásica entre sexo y género. Sexo corresponde a aquellas características biológicas con las que nace una persona, en específico, a los órganos sexuales. El género es el cúmulo de comportamientos, actividades y características que la sociedad considera adecuados para los hombres y mujeres, en palabras más sencillas, es una construcción de roles sociales que incluso pueden variar de una sociedad a otra. También, de acuerdo con una concepción gramatical —perspectiva— "[Es] considerada en principio más ajustada a la realidad, que viene favorecida por la observación ya distante, espacial o temporalmente de cualquier hecho o fenómeno."<sup>20</sup>

-

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Glòria Poyatos, "Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa", Revista de Género e Igualdad 2 (2019), https://doi.org/http://dx.doi.org/10.6018/iQual.341501,

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Cecilia Palomo, "Juzgar con perspectiva de género: de la teoría la práctica", Revista Saber y Justicia 1 (2021), 1.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Pilar Maturana, "Juzgar con perspectiva de género: Fundamentos y análisis de sentencias" en Anuario de Derechos Humanos 15 (2019), https://doi.org/10.5354/0718-2279.2019.53129, 281.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Daniela Ortiz, "Juzgar con perspectiva de género" (2019), http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina48828.pdf.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. (2021). https://www.rae.es/drae2001/perspectiva.

Por lo tanto, se puede decir que la perspectiva de género en el ámbito jurídico es el mecanismo para alcanzar una paridad de géneros más ajustada a la realidad, mediante la comprensión y aceptación de que la sociedad vive en una constante subordinación, dejando por fuera las relaciones asimétricas de poder y estereotipos que generan discriminación.

Ahora bien, una vez sentadas las bases conceptuales que sirven de faro para guiar en la búsqueda de si es obligatorio juzgar con la perspectiva de género en el Ecuador, se esgrimirán varios argumentos, respaldados y fundamentados por el ordenamiento jurídico y la doctrina mayoritaria.

## 4. La obligación de juzgar con perspectiva de género

Incorporar una perspectiva de género en la actividad judicial, aplicando los estándares nacionales e internacionales, sobre todo de los derechos humanos, exige la motivación desde la función judicial para aplicar adecuadamente, especialmente, cuando se encuentra conculcado el derecho a la igualdad y no discriminación. Varios son los protocolos, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, opiniones consultivas que guían y encaminan esta labor que por siglos se ha considerado innecesaria<sup>21</sup>.

De ahí que resulta justo considerar que la administración de justicia instituye un igualitarismo cuantitativo radical cuyo objetivo es equiparar a todos los ciudadanos. Platón así lo estimaba, incluyendo que un Estado democrático "[...] parece ser una organización política agradable, anárquica y polícroma, que asigna igualdad similarmente a las cosas iguales y a las desiguales."<sup>22</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Palomo, Juzgar con perspectiva de género: de la teoría la práctica, 38

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Platón, *República*, introducción y notas: Conrado Eggers (Titivillus, 2017), 331.

No puede ser de otro modo, puesto que, la Constitución de la República del Ecuador postula que: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades"<sup>23</sup>. Por lo tanto, debe superarse esa idea decimonónica en la cual los administradores de justicia son "[...] puramente la boca muda que pronuncia las palabras de la ley [...]"<sup>24</sup>. Debido a que los jueces son los pilares primordiales en garantizar de los derechos fundamentales de las personas.

Pero, ¿de dónde nace la obligación de juzgar con perspectiva de género en el Ecuador? ¿Cuál es la normativa o tratados y convenios internacionales que lo obliga? ¿Es lo mismo juzgar con perspectiva de género que normas redactadas con perspectiva de género? Esta batalla casi centenaria parece tener al fin un mayor grado de aceptación social.

#### 4.1. Ordenamiento jurídico ecuatoriano

En aras de la promoción y protección de los derechos humanos, en concreto, el de la igualdad y no discriminación el Ecuador ha suscrito tratados y convenios internacionales que reconocen derechos más favorables. La igualdad que propugna la perspectiva de género no se traduce en igualar las mujeres a los hombres, sino otorgar las mismas consideraciones en el reconocimiento de sus diferencias.

### 4.1.1. Tratados y Convenios Internacionales

La —Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer — determina el compromiso de los Estados en: "Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación"<sup>25</sup>. En tal virtud, todas las acciones, incluido las judiciales (considérese etapa preprocesal, procesal, y de juzgamiento) deben inhibirse en reproducir y aceptar cualquier forma de discriminación.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Constitución de la República del Ecuador, art. 11.2.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Maturana, "Juzgar con perspectiva de género: Fundamentos y análisis de sentencias", 280.

<sup>25</sup> CEDAW, art.2 literal d.

Del mismo cuerpo normativo se desprende el deber del Estado ecuatoriano en "Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar las leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación [...]"<sup>26</sup>. En palabras gráficas, el Estado asumió la obligación de eliminar cualquier barrera de acceso a la justicia e impide la obstaculización del goce efectivo de los derechos.

La recomendación del Comité Experto del Mecanismo de seguimiento de la Convención Belém Do Pará tiene un fundamento inatacable al poner de relieve que "[...] juzgar con perspectiva de género implica considerar el contexto en el cual se da la agresión y la respuesta."<sup>27</sup>. Resaltando que, al momento de tomar la decisión, valorar las pruebas "[...] implica considerar el contexto en el cual se da la agresión y la respuesta."<sup>28</sup>

La —Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer — (Belem do Para) postula que toda mujer tiene reconocimiento y goce de sus derechos, entre los que destaca: "El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley"<sup>29</sup>. Sobre ello, se reconoce que incluso la normas pueden discriminar a las mujeres. Gastaldi y Pezzano<sup>30</sup> entiende que, técnicamente, los jueces deben aplicar la perspectiva de género, siendo su rol el de resolver y rechazar aquellas situaciones de sexo-genéricas que afectan a las mujeres frente a los hombres.

En la misma línea normativa, "Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados

<sup>27</sup> OEA- MESECVI, Recomendación General N. 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo con el artículo 2 de la Convención de Belém do Pará. (diciembre de 2018).

<sup>29</sup> Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém Do Para), art. 4 literal b.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Ibíd., art. 2 literal f.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Ibíd., 8.

<sup>30</sup> Sofía Gastaldi, Paula Pezzano, "Juzgar con perspectiva de género 'Desigualdad por razones de género' como propiedad relevante en la toma de decisiones judiciales", en Revista Argumentos, 2021.

y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia [...]"<sup>31</sup>. Como se ha mencionado, es un deber asumido por el Estado ergo una obligación en garantizar, en este caso, desde la administración de justicia eliminar, prevenir y sancionar cualquier conducta que sea discriminatoria.

#### 4.1.2. Normativa interna

El principal instrumento normativo interno en el Ecuador que regula las actividades de los juzgadores, demás órganos administrativos y autónomos es el Código Orgánico de la Función Judicial. Garantiza que el principio de acceso a justicia tiene una obligación estatal operada por los administradores de justicia, siendo estos los responsables en cumplir<sup>32</sup>.

Un elemento particular es el deber impuesto al Consejo de la Judicatura en que debe coordinar con los organismos necesarios para: "[...] superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso"<sup>33</sup>.

En rigor, la *ratio legis* es promover la institucionalización de la perspectiva de género en la administración de justicia; se denota la voluntad de tener acciones afirmativas en la actividad judicial. Como si fuera poco es una aspiración de justicia tomando en cuenta las condiciones especiales de vulnerabilidad.

Con todo y lo anterior es necesario especificar que —la perspectiva de género en el ámbito jurídico es una política legislativa, mientras que la perspectiva de género en la actividad judicial es la herramienta que permite identificar en cualquier diligencia las prácticas sociales discriminatorias—.

No se está dando un alcance o interpretación errónea. Existe evidencias claras en las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia No.133-17-

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Convención Belém Do Pará, art.7.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Código Orgánico de la Función Judicial, art. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Ibíd.

SEP-CC (Identidad de género de personas trans)<sup>34</sup>, Sentencia No.184-18-SEP-CC (Identidad familiar y de hijos e hijas de parejas del mismo sexo)<sup>35</sup>, Sentencias: No. 11-18-CN/19 (Matrimonio igualitario)<sup>36</sup>, Sentencia No.603-12-JP/19 (Unión de hecho de parejas del mismo sexo)<sup>37</sup>, Sentencia No. 28-15-IN/21 (Inconstitucionalidad a la preferencia materna al momento de confiar la tenencia)<sup>38</sup>, entre otras más.

### 5. ¿Qué dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

La aplicación inadecuada del ordenamiento jurídico por parte de los operadores judiciales ha provocado que diversos organismos internacionales expresen sus posiciones enfatizando que deben cumplir con las sentencias, declaraciones o decisiones de los instrumentos suscritos, por lo que todas las decisiones emitidas pasan a formar parte de los precedentes jurisprudenciales y doctrina internacional<sup>39</sup>.

En el caso de la Corte IDH se ha destacado por sus importantes sentencias en aras de la promoción y protección al derecho de la igualdad y la prohibición de discriminación por sexo o género. Es así como en el caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú<sup>40</sup> fue el primer incidente de inclusión de género dando los primeros pasos.

Prima facie, un caso emblemático en el que la Corte IDH toma como tema central la violencia de género es el Caso González y otras vs. México donde se ordena: "[...]solicitó se ordene la implementación de políticas públicas y programas institucionales destinados a superar los estereotipos sobre el rol de las mujeres en la

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> C. Const., Sentencia No. 133-17-SEP-CC, May. 10/2017.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> C. Const., Sentencia N/1 1H4-18-SEP-CC, May.29/2018.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> C. Const., Sentencia No. 11-18-CN/19, Jun. 12/2019.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> C. Const., Sentencia No. 603-12-JP/19, Nov. 05/2019

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> C. Const., Sentencia No. 28-15-IN/21, Nov. 24/2021.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Poder judicial de la República de Chile, Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la Perspectiva de Género en las sentencias: Una contribución para la aplicación del derecho a la igualdad y la no discriminación. (2019).

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160.

sociedad"<sup>41</sup>. Sobre todo, en la reparación integral a las víctimas exige que se deben identificar y suprimir cualquier factor que cause discriminación y que esto se debe adoptar desde una perspectiva de género<sup>42</sup>.

La práctica jurisprudencial en el Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala señala:

"[...] la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos violatorios de los derechos humanos no se deriva solamente de la Convención Americana. En determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza de los hechos, esta obligación también se desprende de otros instrumentos interamericanos en la materia que establecen la obligación a cargo de los Estados Parte de investigar las conductas prohibidas por tales tratados.<sup>43</sup>

En este caso la Corte IDH ordena normalizar en las actividades judiciales como: la investigación, análisis forense, recepción de denuncias, juzgamiento adoptar medidas conforme a los estándares internacionales de derechos humanos.

En efecto, las razones normativas son suficientes para recordar a los administradores de justicia que tienen el deber de encaminar sus decisiones a desistir de aquellas practicas sociales peyorativas. Asumir la obligación de juzgar con perspectiva de género implica reconocer la existencia de desigualdades en el goce de los derechos por razones de género, estereotipos e ideologías patriarcales que afectan de manera estructural a las personas y a la sociedad. En estos casos la perspectiva de género funge como una igualdad material.

Juzgar con perspectiva de género no implica la adopción de una determinada ideología por parte del juzgador a la hora de decidir, argumentar o valorar las pruebas

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 531

<sup>42</sup> Ibíd., párr. 451.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 222.

en el proceso penal. Implica que —la justicia no debería actuar en un contexto social, político, cultural o de género—. Por decir con una metáfora, no implica que la diosa Iustitia se saque la venda de la imparcialidad para colocarse una venda ideológica para juzgar, porque la justicia es reconocer los hechos desfavorables y favorables, y actuar en justa medida.

No es lo mismo decir: «Existe la obligación jurídica de juzgar con perspectiva de género» porque el ordenamiento jurídico así lo exige, que: «Existen normas redactadas con perspectiva de género», esta última no obliga al juzgador decidir con perspectiva de género, debido a que si el juzgador aplica dichas normas está resolviendo conforme a derecho.

Finalmente, no debe perderse de vista que la obligación de juzgar con perspectiva de género debe estar enmarcado en cuerpos normativos nacionales e internacionales del Estado vigentes y en la práctica jurisprudencial internacional que exige a los administradores de justicia adoptar determinadas herramientas para identificar y decidir eliminar estereotipos o actividades discriminatorias. En cuanto a la actividad judicial están inmersos funcionarios públicos desde agentes investigadores de delitos hasta agentes del orden público que en cualquier de sus actuaciones en casos de discriminación, violencia y homicidios por razones de género debe adoptar la perspectiva de género.

# 6. La réplica a los principales argumentos en contra de la perspectiva de género

Existen argumentos genéricos que cuestionan la objetividad e imparcialidad de los administradores de justicia al incorporar la perspectiva de género en la actividad judicial, principalmente los autores esgrimen que: "la obligación de juzgar con perspectiva de género implica darle la razón siempre a las mujeres, independientemente, de las circunstancias". No se comprende pues, cual ha sido el razonamiento que ha conducido a tal aseveración. Puesto que la praxis jurídica revela, por ejemplo, desde la experiencia de la legislación mexicana dos aspectos: (i) juzgar con perspectiva de género no implica otorgar la razón a las mujeres, más bien implica reconocer los factores estructurales per se producen desventajas, imposibilitándoles lograr una igualdad de derechos, (ii) La perspectiva de género no solo es atinente a los casos relacionados con mujeres,

el factor determinante para su utilización en un proceso es identificar la existencia de relaciones asimétricas de poder, situaciones de desigualdad estructural basadas en género, sexo<sup>44</sup>...

Juzgar con perspectiva de género no implica un adoctrinamiento a los operadores de justicia, lo que exige es evitar determinadas creencias, ideologías y estereotipos que vulneren el principio de igualdad. Es decir, no se le exige que el juzgador se coloque a favor de la víctima, sino que cumplan con los principios constitucionales y adopte la normativa más adecuada para garantizar la igualdad.

Gastaldi y Pezzano defienden que utilizar la perspectiva de género en la actividad judicial es reconocer la desigualdad entre géneros, pero que los operadores de justicia pueden analizar desde un punto de vista restringido cómo la normativa o el sistema jurídico<sup>45</sup> o actuaciones judiciales que generan tal discriminación. Bastaría con que una de las partes procesales alegue y acredite un hecho discriminatorio por razones de género o estereotipos para que el juez active —la perspectiva de género — para identificar y evitar una desigualdad de derechos. Dicho acto debe ser objetivo y razonable.

Aplicar el ordenamiento jurídico no influye en la imparcialidad del juez, sino le hace más justo, además que no implica generar una desigualdad. Sin embargo, se reconoce que si se trata de garantizar el principio de igualdad se encuentra el grave problema de dar contenido al mismo (La Corte Constitucional del Ecuador ha establecido un estándar para hacer un juicio basado en la teoría de las categorías sospechosas).

De igual forma, se argumenta que "la única obligación de los administradores de justicia es resolver conforme a derecho". Cuando los operadores de justicia deciden solo pueden aplicar la normativa del derecho positivo y no pueden acudir a ninguna consideración subjetiva, ideológica o moral. Esto muestra el respeto al principio de legalidad y de las garantías constitucionales imprescindibles en un Estado Constitucional de Derechos.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Palomo, Juzgar con perspectiva de género: de la teoría la práctica, 41.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Gastaldi y Pezzano, Juzgar con perspectiva de género 'Desigualdad por razones de género' como propiedad relevante en la toma de decisiones judiciales, 43.

Se esgrime también, que "los jueces tienen que interpretar el derecho y que si se utiliza la perspectiva de género se crea un derecho diferente". Este argumento hace relación a la actividad interpretativa. El derecho es para todos sin distinción alguna, el juez tiene el deber y la obligación de examinar en stricto sensu caso por caso, pues no todo caso penal exige la aplicación de una perspectiva de género. Los hechos de cada caso varían. No debe soslayarse que este argumento es para un debate filosófico porque se debe partir de que se entiende por interpretar. Pero, es claro mencionar que el juez no se aleja del sentido literal de la norma.

En suma, dichas consideraciones en contra de la utilización de la perspectiva de género en la actividad judicial se alejan del concepto de derecho, del significado de juzgar. Sopesando, la forma de comprender dicha perspectiva es la reafirmación de la obligación que tienen los operadores de justicia en aplicar las normas necesarias para garantizar la igualdad, ya que el sistema jurídico reconoce la existencia de desigualdades por las manifestaciones de poder entre las personas. No se incorpora ningún adoctrinamiento, ideología, consideración moral o política, en vista de que el ordenamiento jurídico ya lo incorpora en sus textos normativos dotando la igualdad entre géneros como el objetivo de los legisladores. Y, que cualquier conducta o diligencia en la actividad judicial que soslaye el mismo debe suprimirse.

## 7. Retos en la administración de justicia «Hacia una decisión justa»

Es imposible avanzar hacia una administración de justicia equitativa mientras no se hable de aquellos desafíos que presenta la Función Judicial en garantizar los derechos que tienen las personas en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna. En el Ecuador no existe un protocolo que recoja los avances en la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH o Corte Constitucional del Ecuador que suministre a los administradores de justicia una base conceptual mínima para entender, comprender e identificar las cuestiones de género y juzgar.

### 7.1. La valoración probatoria, ¡La hora de decidir!

Una de las tantas discusiones doctrinarias es ¿En qué momento y cómo aplicar la perspectiva de género al momento de administrar justicia? En la opinión de

Novoa<sup>46</sup>, el razonamiento probatorio que debe imperar en este momento debe enmarcarse en las reglas de la epistemología y racionalidad; además, pone de relieve que la falta de regulación normativa constituye en una puerta abierta para la subjetividad. Es así "[...] que consiste en optar por la hipótesis dotada de un grado de probabilidad suficiente entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos"<sup>47</sup>.

De análoga manera Jordi Ferrer Beltrán<sup>48</sup> bien dice que las reglas de la lógica y de los conocimientos científicos funcionan como un mecanismo que posibilita el razonamiento probatorio inferencial. Por estos motivos, el método de la – inferencia inductiva de hipótesis es la más apropiada para el razonamiento y valoración probatoria porque no cuantifica la probabilidad. Dicho de otro modo, la justificación de una proposición fáctica que describe un even¬to que no es directamente observable se basa en la constatación directa de hechos que, dados nuestros conocimientos, tendrían que haberse producido si esa proposición fuere verdadera.

Por otro lado, uno de los mayores retos que ha presentado los operadores de justicia es sobre la credibilidad del testimonio de la víctima, especialmente, en los casos de violencia intrafamiliar, violación, entre otros donde su testimonio es la prueba madre dentro de un proceso penal. La Corte IDH ha manifestado que "la influencia de los patrones socio¬culturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos"<sup>49</sup>. Esta prueba requiere juicios de valor del juzgador. Por consiguiente, "una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas"<sup>50</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Marcela Moya "Acceso a la justicia, violencia de género y desigualdades invisible s al proceso penal", en *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal*. coord. Pablo Rovatti. (Ciudad de México: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2021), 207.

<sup>47</sup> Ibíd

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*. *Estándares de prueba y debido proceso* (Madrid: Marcial Pons, 2021), 88 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Corte IDH, Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala, 24 de agosto de 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Corte IDH, López Soto y otros vs. Venezuela. 26 de septiembre de 2018, párr. 238.

Esto muestra la necesidad, en el plano de lo jurisprudencial, generar pautas generales para examinar la fiabilidad del testimonio de la víctima.

### 7.2. Motivación con perspectiva de género, ¡la hora de argumentar!

La Corte Constitucional del Ecuador recuerda que la legitimidad de las decisiones en un Estado Constitucional de Derechos no depende de quién las toma, sino de por qué se lo hace, exigiendo el deber de motivar y fundamentar racionalmente<sup>51</sup>. La Corte IDH han planteado que "la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"<sup>52</sup>. Es así como, se observa que el deber del juez es satisfacer las exigencias de una motivación suficiente. La importancia, por tanto, es motivar y exponer las razones que giran en torno a las pruebas aportadas que sustentan la decisión judicial.

En casos donde esté presente estereotipos, ideologías o cuestiones de género, el ejercicio argumentativo debe ser mayor, el juzgador debe hacer un análisis exhaustivo del contexto que generalizó la discriminación, no debe utilizar un lenguaje sexista, no debe existir prejuicios o estereotipos de género, debe sustentarse en los estándares internacionales de derechos humanos, debe usar las recomendaciones de la CEDAW, pero sobre todo, para realizar una motivación género-sensitiva debe tener una correcta comprensión del fenómeno.

### 8. Conclusiones

En el Ecuador aún están latentes estereotipos de género, incluso normativos, que deslegitiman los fines de los textos legales. Las estadísticas demuestran que las mujeres son las más afectadas y a quienes se le viola más derechos por excelencia. Sin embargo, para palear estas malas prácticas sociales discriminatorias no solo es un asunto de voluntades feministas, sino de acciones afirmativas como la inclusión de protocolos con perspectiva de género en toda actividad judicial.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 32-21-IN/21 y acumulado, de 11 de agosto de 2021, párr. 51.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 107

Es necesario y obligatorio juzgar con perspectiva de género. Los operadores de justicia deciden solo sobre la normativa vigente aplicable al caso en concreto, no se atañe a ideologías o adoctrinamiento. La obligatoriedad se erige del ordenamiento jurídico ecuatoriano y, principalmente, de los tratados y convenios internacionales.

Juzgar con perspectiva de género es una herramienta metodológica donde se determina varios pasos que permiten a los operadores de justicia identificar si existe una relación asimétrica de poder o una disparidad; y, vislumbrar cómo influye en el caso en concreto.

Aplicar esta herramienta permite visibilizar los estereotipos de género. Pues, el objetivo verdadero es lograr una igualdad de género porque se purga los perjuicios más profundos que valoran a las mujeres en jerarquías inferiores.

Aunque es tentador fingir que los estudios realizados por entidades Estatales sobre perspectiva de género son suficientes, en realidad no lo son. Por lo que se demostró que el sistema de justicia plantea verdaderos desafíos al incorporar en sus actividades judiciales la perspectiva de género.

Por último, usar esta herramienta no implica solo en la hora de decidir o argumentar, también es necesario en de toda etapa procesal o diligencia, desde una simple recepción de denuncia hasta cualquier diligencia que se requiere después de contar con una sentencia ejecutoriada.

# Violencia (doméstica) privada

Private (domestic) violence

Santiago Javier Orellana Vallejo Maestrante en la Universidad Andina Simón Bolívar

santiago.orellana.vallejo@gmail.com

Recibido:01 de diciembre de 2021Aprobado:01 de julio de 2022

#### Resumen

Partiendo de la configuración procesal para el tratamiento en asuntos de violencia intrafamiliar en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) se pretende develar una forma normada de legitimación de la división binaria y jerárquica que sigue sometiendo y oprimiendo a las mujeres —en particular—. Se presenta un tratamiento privado de lo que debería ser público, con lo cual se sigue excluyendo un espacio de control social, lo cual reproduce en consecuencia relaciones y estructuras de poder, desoyendo una de las consignas feministas del s. XX: Lo personal es político.

#### **Abstract**

Starting from the procedural configuration for the treatment of cases of domestic violence in the Código Orgánico Integral Penal (COIP) it is intended to unveil a normed form of legitimization of the binary and hierarchical division of continuing to subdue and oppress women, in particular. A private treatment of what should be public is presented, which continues to exclude a space of social control, which consequently reproduces relations and power structures, omitting one of the feminist slogans of the twentieth century: *The personal is political*.

# Palabras clave

División binaria, Control Social. Violencia. Poder. Legitimación.

# **Keywords**

Binary division. Social Control. Violence. Power. Legitimation.

### 1. Introducción

Kate Millet (1969), en su obra *Política Sexual*, y Carole Pateman (1996), en su obra *Críticas feministas a la dicotomía público/privado*, han denunciado por un lado lo personal como político; y, por otro lado, la dicotomía [como el fundamento del movimiento feminista] entre lo público/privado. Estas consignas implican una lucha política feminista, entendiendo por político las relaciones estructuradas de poder — dominación y subordinación— por las cuales un grupo controla a otro, al decir de Max Weber en su obra *La política como profesión*, esto implicaría *el monopolio de la violencia legítima*; aunque según Connell & Messerschmidt, que escriben desde un enfoque gramsciano [Gramsci estudió los enfoques no coercitivos del poder, que funcionan mediane la cultura], distinguen relaciones de: poder, producción y cathexis. En este orden de ideas, la disposición reservada de procesos judiciales de violencia (privada) familiar, implica una reproducción de una estructura de poder que silencia y disminuye un control social.

## 2. Desarrollo del tema

Los feminismos [en plural] se pueden adscribir, en su análisis, a las teorías críticas, porque explican la subordinación, dominación, explotación y marginación de

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Kate Millet, *Política sexual*, trad. Ana María Bravo García (Madrid: Cátedra, 1969), 67–88.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Carole Pateman, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", en *El género en el derecho: Ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos : Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 42.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Max Weber, *La política como profesión* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2007), 9.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> R. W. Cornell y James W. Messerschmidt, "Hegemonic masculinity: Rethinking the concept", Gender and Society 19, no 6 (2005): 829–59, doi:http://www.jstor.org/stable/27640853.

un grupo social determinado, como lo son las mujeres; por ello, las autoras Lorena Fries Monleón y Nicole Lacrampette Polanco<sup>5</sup> conciben a esta corriente ideológica como un ejercicio emancipatorio. Empiezan analizando que Mary Wollstonecraft<sup>6</sup> argumentó en contra de uno de los escritos de Rousseau<sup>7</sup> la idea de la división natural entre hombres y mujeres, siendo esta división una estructura hegemónica en las sociedades liberales, es esta división la que legitima o justifica una estructura de poder, ya que este concepto, por su extensión, comprende la escisión entre lo público y lo privado, siendo estas categorías atribuibles a los significantes hombre y mujer, además de replicadas en cuerpos sexuados, en palabras de Buttler "a la ficción reguladora que representa la heterosexualidad"8. Esto representa, en lo que sostiene Linda McDowell, una división binaria que "tiene que ver con la producción social del espacio, con la definición de lo que es un entorno <<natural>> y un entorno fabricado y con las regulaciones que influyen en quién ocupa un determinado espacio y quien queda excluido de él"; así, esta diferenciación teñida de "natural" es una diferenciación social, lo que promovió en el s. XVIII que lo designado a las mujeres sea lo: irracional, emocional, dependiente y privado; y, lo designado al hombre sea lo: racional, científico, independiente y público.

Con esta crítica de la primera ola feminista se la sigue analizando, pues constriñe el derecho de la ciudadanía de las mujeres, es decir: ¿cuándo las mujeres son ciudadanas plenas?, por ello, la propuesta fue la desarticulación de la idea sobre la naturaleza diferente y complementaria de los sexos, así, una mujer no podía ocupar en la sociedad la posición que su conciencia dicte, tanto más que si usamos —como lo precisa Scott—<sup>10</sup> al género como categoría de análisis, se puede evidenciar una

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Lorena Fries Monleón y Nicole Lacrampette Polanco, "Feminismos, género y derecho", en Derechos humanos y mujeres: Teoría y práctica (Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2013), 33.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Mary Wollstonecraft, Vindicación de los derechos de la mujer, ed. Marta Lois (Madrid: Istmo, 2005), 147–99.

Jean-Jacques Rousseau, Emilio o de la educación, ed. Marcelo Mendoza, 1a ed. (Santiago de Chile: Junta Nacional de Jardines Infantiles, 2016), 105–15.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Judith Butler, "Variaciones sobre sexo y género. Beauvoir, Wittig y Foucault", en Teoría feminista y teoría crítica (Valencia: Alfons el Magnànim, 1990), 201–8.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Linda McDowell, Género, identidad y lugar: *Un estudio de las geografías feministas*, trad. Pepa Linares (Madrid; Valencia: Cátedra, 2000), 26.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Joan Wallach Scott, "Gender: Still a Useful Category of Analysis?", *Diogenes* 57, no 1 (2008): 7–14, doi:https://doi.org/10.1177/0392192110369316.

relación con las categorías de edad, clase, etnia y religión, lo que conlleva a un estudio de la interseccionalidad, así, la división sexuada fue normada en la economía, en otras palabras: la enfermería era un cargo casi exclusivo para mujeres, y no para todas las mujeres, o, las mujeres mayores se hallaban insertas en el régimen doméstico, lo cual, repito, legitima una forma pública de segregación y subordinación, añade McDowell que:

Algunas críticas poscoloniales como Gayatri Spivak (1988) y Chandra Talpade Mohanty (1991), y las mujeres de color, entre ellas bell hooks (1982), obligaron a las blancas a revisar el sujeto femenino que aparecía en sus obras, a incluir en sus teorías la complejidad de las identidades de raza y a escribir desde su situación concreta, es decir, no como la <Mujer>>, sino como las mujeres blancas que eran. Nace entonces un nuevo tipo de estudio feminista, que investiga la <<racialización>> de la mujer blanca.<sup>11</sup>

Este enfoque da cuenta que las propuestas de algunos sectores feministas no aplican a todas las mujeres, reparo en señalar que hay diferentes corrientes teóricas del feminismo: Feminismos de la igualdad, subclasificados en: Liberales (clásicos y sociales); Socialistas y Radicales; Feminismos socialistas y Feminismos radicales. Señalo que las propuestas son inaplicables a todas las mujeres por la existencia de las categorías que juegan en el análisis, v.gr. las mujeres de tez oscura, que fueron esclavizadas, mutiladas e incluso esterilizadas, considerarán importante el derecho a su fertilidad y a tener hijos; no obstante, la lucha de algunas mujeres blancas será en el sentido contrario, esto es, a un control [disposición] autónomo de su cuerpo, al acceso gratuito a anticonceptivos y al aborto; en consecuencia, se puede concluir que las relación de género por las cuales estamos atravesados como sujetos sociales son relaciones de poder, desiguales y jerárquicas.

En este contexto, refiero que los movimientos feministas de la década de los 70's constataron que, aunque se tenían y ejercían los derechos políticos, las mujeres en realidad no habían alcanzado una posición de igualdad respecto del hombre, es decir, el derecho al voto de las mujeres [implícitamente el reconocimiento a su ciudadanía] no había significado un cambio en las legislaciones, en otras palabras, las

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Linda McDowell, Género, identidad y lugar: Un estudio de las geografías feministas, 42.

desigualdades legales se mantenían, y esto implicó la lucha por una reforma legal, moral y de costumbres, puesto que el liberalismo seguía siendo la razón moral; en este orden de ideas, la estrategia del movimiento fue hacer de la experiencia personal un espacio de politización, con lo cual se buscaba romper el clásico espacio privado-doméstico, esto implicó, entre otras cosas, la exigencia del reconocimiento laboral del trabajo doméstico, es decir: traer al análisis público un espacio excluido.

Por ello, la coherencia del estudio de Millet en enfocar el matiz político del sexo, ¿por qué había una relación de poder entre los sexos? La hipótesis fue planteada por el patriarcado, ya que este sistema en la sociedad crea relaciones entre los sexos que se elevan a relaciones de dominio, con lo cual, son relaciones esencialmente políticas, siendo su lugar de producción y desarrollo un espacio privado, es decir, una violencia (doméstica) privada, privada del control social. Estas relaciones se organizaban en un aspecto psicológico, con la formación de la personalidad para cubrir las necesidades y cumplir los valores del grupo dominante, desde un espectro sociológico con los roles sexuales, el código de conducta, y, finalmente, un enfoque político, que es la consecuencia de la aplicación de roles, esto es, la aceptación general de superioridad e inferioridad.

Esto movilizó una crítica feminista al liberalismo, en virtud de que la dicotomía entre la esfera pública y privada oculta la subordinación de las mujeres, por lo que, los conceptos de universalidad, objetividad y neutralidad no aplican a las mujeres, y en caso de que así fuere, no serían a todas las mujeres. Desde Olsen<sup>12</sup> se puede conceptualizar esta crítica como *un pensamiento compuesto por dualismos:* racional/irracional, público/privado, trabajo/casa, producción/consumo, etc., siendo estos *dualismos*, recalco, (i) Sexualizados: masculino, femenino; (ii) Jerarquízados: superior, inferior; (iii) El Derecho identificado con el lado masculino de los dualismos, esto es: público, poder, objetivo, abstracto, universal, racional, etc. Esto desembocó en el ataque al sistema dual dominante desde un punto de enunciación: (i) Reformismo legal: que el sexo resulte indiferente como criterio legal; (ii) El derecho como orden patriarcal: que, es aceptar la sexualización de los dualismos, pero rechazar una

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Frances Olsen, "El sexo en el derecho", en El género en el derecho: Ensayos críticos (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009), 137–40.

jerarquía de los términos masculinos; y, (iii) Andrógina: Que ataca la sexualización y jerarquización de dualismos.

Esta estructura atada por un lazo relacional de género, no solo es el presupuesto básico de la violencia legitimada, sino que, desde la visión de Connell, se puede intentar conceptualizar cómo algunos grupos dominados aceptan, incluso de buena gana, defender esa relación. En este sentido se distinguen: (i) Las relaciones de poder: es un eje en el cual una mujer se encuentra subordinada al dominio masculino (no necesariamente de un hombre); (ii) Relaciones de producción: que implica el reconocimiento de los beneficios que recogen los grupos de dominio a partir de la desigual distribución del trabajo social, es decir; cómo la acumulación en un sistema de producción capitalista funciona a través de una división de género; y, finalmente, (iii) Cathexis: que da cuenta que la energía emocional fijada en un objeto tiene un carácter de género, formulando al respecto algunos interrogantes políticos sobre las relaciones, como: ¿son consensuadas o coercitivas?

¿Por qué la violencia (familiar) debe ser tratada como un asunto privado? Esta pregunta devela una relación entre liberalismo y patriarcado, ya que, nuevamente, lo privado y lo público son categorías centrales del liberalismo, por consiguiente, la familia es el paradigma de lo privado, así, el liberalismo se estructura por relaciones patriarcales como por relaciones de clase, ocultando a las mujeres subordinadas bajo un orden en apariencia: universal, individualista e igualitario. Pateman sostiene que:

En teoría, liberalismo y patriarcalismo son doctrinas irrevocablemente antagónicas entres sí. El liberalismo es una doctrina individualista, igualitaria y convencionalista; el patriarcalismo sostiene que las relaciones jerárquicas de subordinación se siguen necesariamente de las características naturales de hombres y mujeres. En realidad, ambas doctrinas llegaron a un punto de conciliación mediante la respuesta que en el siglo diecisiete dieron los teóricos contractualistas a la subversiva cuestión de quiénes debían considerarse individuos libres e iguales. El conflicto con los patriarcalistas no se extendió a las mujeres o a las relaciones conyugales; estas últimas fueron excluidas de los argumentos individualistas y la batalla se libró alrededor de la relación de los hijos varones adultos con sus padres. [3]

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Carole Pateman, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", 41.

Desde esta vertiente se comprende el fundamento teórico de la división liberal de lo público y de lo privado, ya que, el poder político, al ser convencional, solo puede ser ejercido por individuos adultos, libres e iguales, por consiguiente, lo político no debe confundirse con lo privado y lo familiar, de ahí la premisa: El Estado solo llega hasta el umbral de la puerta de cada ciudadano, como si lo que pasara dentro de las viviendas fuera un asunto que no está sujeto a un control público y político, de aquí se entiende que algunas mujeres fueron relegadas al cumplimiento y a la formación alienada de ayudar, agradar y criar a los hijos, por consiguiente, al no ser libres ni iguales, no podían discutir con los sujetos que sí lo eran; algo que representa a lo público como la vida social y a lo privado como la vida doméstica.

Ante lo desarrollado, la crítica feminista rechaza el supuesto de que ante la separación entre lo privado y lo público se siga unos caracteres "naturales" de los sexos, es decir: una mujer no está en la casa porque es mujer, ni un hombre en el trabajo porque es hombre; por el contrario, comprender la vida social liberal implica saber que las esferas de lo privado y pública, presuntivamente separadas, en realidad están intrínsicamente interrelacionadas. Desde esta visión, la consigna de lo personal es político, mirar como unas mujeres contemplaban la vida social en términos personales, sin embargo, las circunstancias personales siguen estando estructuradas por factores públicos, v.gr. casos de violación, aborto, el <<estatus>> de esposa, por consiguiente: los problemas personales se resuelven mediante acciones políticas.

Conocemos que existen tratados internacionales construidos a partir de las criticas feministas al sistema internacional de los derechos humanos, tales como: La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación conta la mujer (CEDAW), la Convención de Belém do Pará; en los cuales se busca visibilizar la construcción de derechos para las mujeres en espacios donde siguen siendo invisibilizadas, no obstante, nuestro Código Orgánico Integral Penal, en el tratamiento que hace sobre los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, tipifica en su art. 155 aquellas conductas lesivas de una manera privada, cito: "Se considera violencia toda acción que consista en maltrato físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar", por consiguiente: hay una condena de la violencia cuyo procesamiento judicial es en sede privada, reservando la identidad de los acusados; el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), en el seguimiento a los indicadores de la ODS, ha determinado que en el 2019, los índices de violencia nacional alcanzan una cifra del 64. 9 %, siendo la violencia psicológica de un total

del 56, 9 %; por consiguiente, esta forma de protección sigue perpetuando valores de tradición liberal que legitiman y reproducen factores de violencia.

## 3. Conclusión

Este trabajo refleja que la regulación sobre asuntos de violencia intrafamiliar en el código orgánico integral penal y su proceso para el juzgamiento, sigue legitimando una visión binaria y patriarcal, ya que ha establecido para estos casos un espacio privado [doméstico] de tratamiento, lo cual impide el control social y la concientización de la comunidad para disminuir los índices de violencia. Las autoras y organismos analizados coinciden en que la división pública/privado es ideológica y ha servido para generar desigualdad a través de la asignación artificial de roles de género, además de designar lugares construidos con una inequitativa y hegemónica relación de poder, cuyos efectos son segregación y subordinación. En este estudio se apuesta a volver pública la violencia intrafamiliar en los procesos judiciales, a fin de obtener la emancipación que nos es merecida en derecho y justicia.

# La perspectiva de género en la justicia del Ecuador: análisis y generalidades

Gender perspective in the ecuadorian justice system: analysis and generalities

Diana Salazar Méndez Fiscal General del Estado

salazarmd@fiscalia.gob.ec

**Recibido:** 01 de diciembre de 2021 **Aprobado:** 01 de julio de 2022

#### Resumen

El objetivo del presente artículo presentar un breve análisis sobre aplicación de la perspectiva de género en el Ecuador, esto, al ser una variable de análisis que permite comprender a las personas a partir de diferentes contextos, necesidades y autonomía, superando los estereotipos que provocan discriminación y desigualdad entre hombres y mujeres, y, sobre todo, de la reproducción de conductas en sociedad. Igualmente, durante el proceso judicial se la concibe como la significación de las situaciones culturales, económicas y sociopolíticas estructurales, en las cuales predomina la desigualdad que afecta a las personas en virtud de su identidad sexogenérica y los resultados que generan las normas, prácticas y fenómenos sociales con relación a ellas1.

#### **Abstract**

The objective of this paper is to present a brief analysis on the application of the gender perspective in Ecuador, as it is a variable of analysis that allows understanding people from different contexts, needs and autonomy, overcoming stereotypes that cause discrimination and inequality between men and women, and, above all, the reproduction of behaviors in society. In the same way, during the judicial process it is conceived as the significance of structural cultural, economic and socio-political situations, in which the inequality that affects people by virtue of their sex-gender identity, and the results generated by the norms, practices and social phenomena in relation to them.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Héctor Mario Chayer y Marisa Alejandra Garsco (eds). *Acceso a la justicia para todos: acceso en Justicia 2020* (Buenos Aires: Eudeba, 2019), 222.

### Resumen

En consecuencia, al visibilizar "[...] la jerarquía atribuida a lo masculino sobre lo femenino e identificar que los modelos de hombre y de mujer, así como la idea heterosexualidad obligatoria, construcciones sociales que establecen lo que cada persona debe y puede hacer, de acuerdo a su sexo"<sup>2</sup>, se favorece igualmente a la comprensión de los parámetros que definen las condiciones de vida, tanto de hombres como de mujeres, y sobre todo resalta los estereotipos impuestos por la sociedad. En este sentido, al exponer estas características se permite viabilizar la creación de nuevos parámetros de interrelación social.

#### **Abstract**

Consequently, by making visible "[...] the hierarchy attributed to the masculine over the feminine and identifying that the models of man and woman, as well as the idea of compulsory heterosexuality, are social constructions that establish what each person must and can do, according to their sex", it also favors the understanding of the parameters that define the living conditions of both men and women, and above all it highlights the stereotypes imposed by society. In this sense, by exposing these characteristics, the creation of new parameters of social interrelation is made possible.

# Palabras clave

# Keywords

Género; Femicidio; Justicia; Inclusión; Violencia.

Gender; Femicide; Justice; Inclusion; Violence.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Consejo de la Judicatura, *Guía para administración de justicia con perspectiva de género* (Quito: Consejo de la Judicatura, 2018), 12.

# 1. Introducción

La reflexión y cuestionamiento sobre la escasa aplicación de la perspectiva de género en la justicia ecuatoriana no debe realizarse a breves rasgos, menos aún estudiarse desde una sola perspectiva o de manera neutra, considerando claramente que ésta se deriva de situaciones de desigualdad.

La adopción de políticas públicas con perspectiva de género ha permitido la generación de escenarios con medidas e iniciativas inclusivas dentro de la administración de justicia. En este escenario se concibe que la elaboración, análisis y ejecución de política públicas no resultan ajenos a la perspectiva de género, debido al impacto que esto generaría en los ámbitos social, económico y cultural.

La perspectiva de género puede ser definida a partir de la "visualización de los distintos fenómenos de la sociedad (científica, académica, social o política), que consideran las implicaciones y efectos de las relaciones sociales de poder entre los géneros (masculino y femenino, en un nivel, y hombres y mujeres en otro)"<sup>3</sup>. Es decir, su estudio debe realizarse a partir del origen de su significado, asignación de roles y participación de colectivos sociales que lo impulsan (principalmente el feminismo)<sup>4</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Estela Serret. *Qué es y para qué sirve la perspectiva de género*. Libro de texto para la asignatura: Perspectiva de Género, en educación superior (Oaxaca: Instituto de la mujer Oaxaqueña, 2008), 15.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Ibídem.

Previo a ahondar en la temática propuesta, se debe partir de la conceptualización y diferenciación entre género y sexo<sup>5</sup>. La diferencia entre tales términos recae en que el sexo está ligado a las características biológicas de las personas, mientras que el género responde a los roles y construcciones sociales atribuidas por la sociedad a las personas<sup>6</sup>.

# 2. La inclusión de la perspectiva de género

Está claro que las conductas socialmente ordenadas a los hombres y las mujeres –roles de género– crean estereotipos construidos a partir de una visión generalizada sobre las características de cada grupo y derivados de los comportamientos resultantes de la interacción social y que, además, están ligadas a las consecuencias originadas por la falta o defectuosa aplicación de la perspectiva de género.

Como consecuencia de esta asignación social, la creación de relaciones de poder, atribuidos al rol masculino, convierte a la sociedad en un modelo patriarcal, en donde a la mujer se le otorga un valor inferior en comparación del hombre. Esta imposición de conductas no solo genera una desigualdad, sino que acarrea la limitación de ciertas conductas y expresiones por parte de los hombres<sup>7</sup>.

La deconstrucción comportamental derivada de las actuaciones de los hombres y mujeres es uno de los resultados que se aspira con la aplicación de la perspectiva de género, en otras palabras, se pretenden 6 objetivos principales:

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Consejo de la Judicatura, *Guía para administración de justicia con perspectiva de género* (Quito: Consejo de la Judicatura, 2018), 11.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Ibídem.

Pamela Susana Velázquez Zambrano, "Perspectiva de Género en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes", Nova Iustitia Revista digital de la reforma penal, edición especial (marzo 2020): 82. https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/wp-content/uploads/Revista\_Nova\_Iustitia\_R\_ Edicion\_Especial\_Dia\_MujerH.pdf

- Plantear la idea de que las funciones de género son resultado de construcciones sociales;
- Detectar creencias que promueven estereotipos de género en todos los campos de la sociedad, sea durante la elaboración o aplicación de normas, políticas públicas, decisiones judiciales y gubernamentales;
- Identificar los casos de desventajas respecto del acceso a oportunidades y goce de sus derechos derivados de la aplicación de estereotipos;
- Visualizar las relaciones asimétricas de poder derivadas de estereotipos de género;
- Reconocer relación entre las diferencias de género y otras condiciones de identidad: edad, orientación sexual, situación económica, o discapacidad; y,
- Reconocer y aplicar un trato diferenciado en los casos y condiciones que lo ameriten<sup>8</sup>.

Dentro de la administración de justicia, la aplicación de la perspectiva de género trae consigo la eliminación de discrepancias superfluas entre las personas y prioriza los procesos, el bienestar e igualdad. Es por ello que resulta imprescindible considerar los diversos factores que generan estas diferencias, es decir, creencias, condiciones sociales y culturales, con la finalidad de superar los estereotipos generados en la sociedad y alcanzar la aceptación y respeto de condición de cada sujeto.

Por otro lado, la perspectiva de género en la investigación criminalística es un método complementario al método de criminalística tradicional, debido a que da a conocer las razones de género, expresiones y consecuencias de los hechos, facilitando la identificación y diferenciación de los delitos de violencia de género de otros delitos. De esta manera, se previene en muchos casos graves deficiencias recurrentes, principalmente en la etapa de investigación<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Ibídem

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Ana Pamela Romero Guerra, "La importancia de una investigación criminalística con perspectiva de género en los delitos cometidos en contra de mujeres con armas de fuego", *Nova Iustitia Revista digital de la reforma penal*, edición especial (marzo 2020): 68. https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/wp-content/uploads/Revista\_Nova\_Iustitia\_R\_Edicion\_Especial\_Dia\_MujerH.pdf

En tal sentido, las falencias presentes en la mayoría de investigaciones han demostrado que el personal a cargo no identifica los signos de violencia de género debido a los estereotipos de género, generando una respuesta tardía y una normalización de la violencia contra las mujeres, convirtiéndolo –incluso, en la mayoría de las ocasiones– en el endoso de la responsabilidad en contra de la víctima, sea por su condición social o por factores estereotipados de la sociedad<sup>10</sup>.

Al ser la perspectiva un elemento fundamental para la administración de justicia, se exige que los operadores se deslinden de sus creencias religiosas, ideologías políticas, intereses personales y situaciones familiares al momento de impartir justicia<sup>11</sup>. Es decir, se prioriza un ejercicio de la administración de justicia sujeto al principio de imparcialidad, que garantice la correcta aplicación de la ley y protección de los derechos humanos<sup>12</sup>.

Además de ello, la perspectiva de género enlazada a la administración de justicia, actuaciones, políticas públicas y todo lo que engloba la función legislativa "pretende derribar las barreras culturales y estructurales de acceso a la justicia para las mujeres, tales como: las preconcepciones alrededor de la sexualidad femenina y masculina, la menor importancia a la opinión de las mujeres frente a la de los hombres, la desigualdad, entre otras"<sup>13</sup>. Esto, sustentado en la calidad de garante al acceso a la justicia que ostenta esta función estatal y que se traduce en la facultad de generar condiciones que transformen y eliminen las desigualdades formales, materiales y estructurales de la sociedad<sup>14</sup>.

Esta incorporación en la administración de justicia genera que sus operadores asimilen los hechos denunciados o demandados, partiendo del análisis de contexto cultural y de género en el que se llevaron a cabo. Además, da paso a la identificación de comportamientos y preceptos sociales e individuales que fomentan la

<sup>10</sup> *Ibídem*, 69.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Consejo de la Judicatura, *Guía para administración de justicia con perspectiva de género* (Quito: Consejo de la Judicatura, 2018)15.

<sup>12</sup> Ibídem.

<sup>13</sup> *Ibídem.*, 16.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Natalia Gherardi, "Juzgar con perspectiva de género: estrategias para avanzar en el acceso a la justicia", en *Hacia políticas judiciales de género*, coords. Paola Bergallo y Aluminé Moreno (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaires, 2017), 290.

desigualdad y discriminación<sup>15</sup>. De esta manera, la aplicación de la perspectiva de género supone la individualización de las cargas sociales, ventajas, desventajas e índice de oportunidades en todos los ámbitos de la sociedad, lo que en el ámbito judicial genera y aplica acciones a favor de la igualdad<sup>16</sup>.

No se podría enlistar las mejoras que implica la incorporación de la perspectiva de género, sin embargo, para este análisis se plantean de manera genérica algunos de estos beneficios<sup>17</sup>:

- Derribo de barreras estructurales de acceso a la justicia;
- Cumplimiento de los preceptos constitucionales e internacionales frente a los derechos humanos;
- Derribo de estereotipos entre hombre y mujeres;
- Ampliación de contextos de desarrollo de mujeres;
- Consideración de características biológicas y sociales de las personas.

Por los motivos expuestos, el cambio de paradigma

# 3. Obligación de investigar con perspectiva de género

En la normativa nacional e internacional no se prescinde de la obligación impuesta a los Estados de investigar los delitos con perspectiva de género. Por ello, el Ecuador ha internalizado permanentemente este deber y ha ido construyendo un proceso judicial con base en este precepto legal<sup>18</sup>. De manera particular, los

16 Ibídem.

<sup>15</sup> Consejo de la Judicatura, Guía para administración de justicia con perspectiva de género (Quito: Consejo de la Judicatura, 2018), 18.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Consejo de la Judicatura, Guía para administración de justicia con perspectiva de género (Quito: Consejo de la Judicatura, 2018), 15-24.

<sup>18</sup> Agencia Andaluza de cooperación internacional para el desarrollo. "Diagnóstico país Ecuador desde la perspectiva de género. Consultoría técnica para la Agencia Andaluza de cooperación internacional para el desarrollo (AACID)", 54. https://www.juntadeandalucia.es/aacid/?page\_id=919

derechos de las mujeres se ven protegidos por la Constitución, leyes orgánicas y los postulados contenidos en los instrumentos internacionales ratificados.

Como sustento de lo mencionado, el artículo 6 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador reconoce que: "[t]odas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución" De igual manera, en el artículo 19 se establece que: "[l]as personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales" 20.

A fin de efectivizar lo contenido en estas disposiciones legales, se determina que son deberes del Estado "1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes"<sup>21</sup>.

Al mismo tiempo, la recepción del derecho internacional amplía la protección de los derechos, es decir, se incluyen además los tratados internacionales de derechos humanos como normativas complementarias a la legislación nacional. De este modo, la aplicación y protección de derechos se verá sujeta a la transversalidad de su naturaleza, es decir, se condiciona al conjunto de normas constitucionales y convencionales<sup>22</sup>. Esta inclusión normativa se ha materializado en reformas legislativas.

La igualdad de derechos, deberes y oportunidades para todas las personas<sup>23</sup> es una prerrogativa que reconoce el Estado. En consecuencia, para cumplir con estas disposiciones legales se aplica la legislación interna junto con los instrumentos de derechos humanos que garanticen y reconozcan el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia, y en caso de llegar a ser víctimas de ella, garantiza su investigación y sanción. Todo ello desarrollado de manera adecuada y diligente<sup>24</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 25 de octubre de 2008, art. 6, inciso 1.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Ibídem, art. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Ibídem, art. 3. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Ibídem, art. 424.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Ibídem, art. 11.2.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Pamela Susana Velázquez Zambrano, *Perspectiva de género en el sistema integral de justicia penal* para adolescentes, 104.

# 4. La perspectiva de género en instrumentos internacionales

La inclusión de la perspectiva de género en la elaboración y ejecución de políticas públicas destruye las brechas existentes entre hombres y mujeres. Por esta razón, se ha convertido en materia de las legislaciones nacionales, así como de la comunidad internacional debido al impacto que genera en la sociedad<sup>25</sup>.

Por lo expuesto, resulta necesario precisar algunos de los instrumentos que recogen normativa de utilidad para los Estados frente a la erradicación de la violencia y desigualdad de género.

# 4.1 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Uno de los principales instrumentos referentes a la temática tratada es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) que reconoce, entre otras cosas, los derechos humanos inherentes a la mujer. Así, en el artículo 4 señala que: "[t]oda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos".

De manera complementaria, esta Convención determina cuáles son las obligaciones de los Estados frente a casos de violencia de género:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

Naciones Unidas. "Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas" https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/

- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- **h.** adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención<sup>26</sup>.

#### 4.2 Plataforma de Acción de Beijing

Este instrumento reconoce en su contenido la obligación de los Estados de implementar mecanismos institucionales para el adelanto de las mujeres. Dentro de esta obligación se incluyen la creación y fortalecimiento de mecanismos nacionales

\_

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> OEA Asamblea General, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará", 9 de junio de 1994, http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html

y otros órganos gubernamentales<sup>27</sup>; integración de la perspectiva de género en las legislaciones, políticas, programas y proyectos estatales<sup>28</sup>; y la preparación y difusión de datos e información destinados a la planificación y evaluación en todos sus ámbitos de la transversalidad de género, promoción y resguardo de los derechos de las mujeres.

# 4.3 Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (Femicidio/Feminicidio)

El femicidio se trata de un fenómeno social complejo que requiere teorías macro, meso y micro, así como explicaciones multifacéticas, sensibles a contextos socio-históricos y estructuras de interacción entre individuos.

Este Protocolo es un instrumento regional que incorpora la perspectiva de género en la investigación penal de casos de femicidio. Por lo tanto, está dirigido a diferentes profesionales encargados de la investigación penal para garantizar el estándar de debida diligencia en la investigación de muertes violentas a mujeres en toda su diversidad, y para ello sugiere lineamientos específicos para identificar y abordar casos de femicidio y garantizar los derechos de las víctimas<sup>29</sup>.

# 5. Femicidio y perspectiva de género en Ecuador

El femicidio es más que una conducta criminal; transversal al marco cultural, político, legal y penal, el femicidio parece poner a la luz la complejidad de los

ONU Mujeres. "Declaración y plataforma de acciones de Beijing 1995", Objetivo estratégico H.1., N.° 23 https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/BPA\_S\_Final\_WEB.pdf

<sup>28</sup> Ibídem.

Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y ONU Mujeres Secretaría General. "Modelo Protocolo Latinoamericano de Investigación de Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género". https://www.ohchr.org/documents/issues/women/wrgs/protocololatinoamericanodeinvestigacion.pdf

problemas humanos. Así, en una sociedad que busca la justicia como fin último de convivencia se requiere trabajar sobre las formas de pensar las relaciones humanas y comprender la complejidad de la pluralidad de las formas de vida y de convivencia. En una sociedad que lamentablemente tiende a eludir sus responsabilidades e invisibilizar los problemas, es necesario mostrar enfáticamente las profundas consecuencias y el impacto social de la inacción. La prevención del femicidio exige la configuración de un enfoque sistémico integral.

La desigualdad ha demostrado que el hecho de que unas altas tasas de mujeres mueran a manos de sus parejas íntimas, o en un entorno familiar, mientras que unas altas tasas de hombres mueren en un entorno no íntimo o familiar, convierten al femicidio en un fenómeno social en sí mismo. Estas particularidades permiten entender que el femicidio no es solo una cuestión de género, sino también una cuestión política<sup>30</sup> e incluso académica. Es por ello que, "[l]os académicos deben examinar más detenidamente las características distintivas asociadas con el asesinato de mujeres"<sup>31</sup>.

Así, la violencia como resultado de la distribución desigual del poder también se ha extendido al femicidio a partir de estudios sobre el fenómeno más general de la violencia contra la mujer<sup>32</sup>. El feminismo ha demostrado tener éxito en la incorporación de la perspectiva de género en los estudios de sociología, criminología y descolonización<sup>33</sup>.

El Ecuador, preocupado por esta problemática, en los últimos años se ha fortalecido normativamente. Es por ello que la legislación nacional e internacional es el resultado de acciones e iniciativas que avalan la equidad de género, considerando además la ratificación de los compromisos contenidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Declaración de Beijing y el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación

93

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Consuelo Corradi, et al., "Theories of femicide and their significance for social research" en Current Sociology, N. ° 7 (2016): 9.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Jacquelyn Campbell y Carol Runyan, "Femicide: Guest editors' introduction", citado en Consuelo Corradi, et al., "Theories of femicide and their significance for social research", en *Current Sociology*, N. ° 7 (2016):7.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> *Ibídem*, 6.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> *Ibídem*, 5.

de Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género. De igual manera, y como ya se precisó, la Constitución de la República contempla una serie de planes nacionales relacionados, leyes, directrices estatales y principales parámetros para la participación, protección y erradicación de la violencia en contra de la mujer<sup>34</sup>.

# 6. Investigaciones con perspectiva de género

Como se ha señalado previamente, la perspectiva de género en la administración de justicia permite el correcto desenvolvimiento de los derechos humanos y, de esta forma, lograr la igualdad de condiciones en el ejercicio de todos los ámbitos de la cotidianidad. Es así que la aplicación de creencias subjetivas del operador de justicia afecta la potestad de impartirla, restando credibilidad a la víctima –transferencia de la responsabilidad de los hechos a la víctima—, permite la utilización de estereotipos sobre la sexualidad de las personas e incluso llega a quitar importancia a los testimonios<sup>35</sup>.

La aplicación de la perspectiva de género en la justicia recae en análisis más extensivos con respecto a las circunstancias, entorno social, factores determinantes de lo sucedido, elevando no solo la construcción de los razonamientos a la aplicación de justicia, sino que se generan argumentos que justifican una correcta administración de justicia, encaminada a la efectiva protección de los derechos<sup>36</sup>.

Como consecuencia de la necesidad de implementar la perspectiva de género de todos los ámbitos de la sociedad, la Fiscalía General del Estado, mediante resolución de 2015, creó el equipo especializado de investigación y tramitación de los casos relacionados con los tipos penales de femicidio, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, contra el derecho a la igualdad, delitos de violencia contra la

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo. "Diagnóstico país Ecuador desde la perspectiva de género. Consultoría técnica para la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AACID)", 6. https://www.juntadeandalucia.es/aacid/?page\_id=919

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Consejo de la Judicatura, Guía para administración de justicia con perspectiva de género (Quito: Consejo de la Judicatura, 2018), 36.

<sup>36</sup> *Ibídem*, 38.

mujer o miembros del núcleo familiar, y el delito de incumplimiento de decisiones legitimas de autoridad competente por razones de violencia de género. Insistiendo en que las funciones de estas fiscalías especializadas se encuentran sujetas a lineamientos con enfoque de género, no discriminación y de derechos humanos que permitan alcanzar investigaciones libres de estereotipos y preconcepciones sobre las víctimas.

En este mismo sentido, y fortaleciendo la investigación con perspectiva de género, se emitió en el año 2020 las "Directrices para la aplicación del Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género: guías para investigaciones y solicitudes de medidas de reparación integral para casos de femicidio"<sup>37</sup>, que sirven como sustento para el desarrollo de la investigación, aplicación de estrategias técnico-jurídicas y actos urgentes en el delito de femicidio.

Dada la importancia de la implementación de una herramienta que facilite y defina los lineamientos para la investigación en los casos de femicidio, el 24 de noviembre de 2021 se aprobó y socializó el "Protocolo Nacional para Investigar Femicidios y otras Muertes Violentas de Mujeres y Niñas", instrumento que facilitará la etapa de investigación, recolección de indicios, elementos de convicción y, a su vez, garantizará el acceso a una reparación integral para familiares de víctimas de femicidio y otras muertes violentas de mujeres y niñas.

### 7. Conclusiones

La perspectiva de género comenzó a ser constante en los ámbitos políticos, judiciales, culturales y académicos en Ecuador. Pese a que se ha notado una modernización por parte de las instituciones en cuanto a la inserción de parámetros que

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Ecuador FGE, Resolución 043-FGE-2015, 22 de junio de 2015, art. 1, 3.; Ecuador Fiscalía General del Estado, Directrices para la aplicación del modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio): Guías para investigaciones y solicitudes de medidas de reparación integral para casos de Femicidios (Quito: Fiscalía General del Estado, 2020). https://www.fiscalia.gob.ec/directrices-institucionales-sobre-derechos-humanos-y-genero/#dearflip-df\_35009/1/

respeten situaciones de género, persiste un alto índice de desigualdad. Algo similar ocurre en los órganos estatales, en donde se mantiene una subordinación femenina, generando efectos en el cumplimiento de las agendas políticas.

Como una medida para aplicar la perspectiva de género, el Estado ha incrementado de manera considerable la elaboración y ejecución de lineamientos, directrices y políticas específicas enfocadas a solventar los problemas relacionados con la desigualdad entre los géneros, lo cual ha conllevado al trabajo articulado entre instituciones del sector público, privado y sociedad civil, este último asociado principalmente a los grupos y organizaciones que cuentan con una experiencia importante en abordar la temática de la desigualdad.

Pese a las falencias expuestas, para los legisladores, actores políticos, sociedad civil y criminólogos, la ley continúa siendo el centro de atención de reformas encaminadas a la mejora de los sistemas y a la respuesta estructural a la violencia contra las mujeres, con énfasis a lo referente a la violencia de pareja<sup>38</sup>. Es así que el sistema resulta "[...] ineficaz para disuadir la violencia de la pareja íntima y ha tenido consecuencias problemáticas, a veces destructivas, para las personas sometidas a abuso, las personas que usan la violencia y sus comunidades"<sup>39</sup>.

A pesar de ello, la criminalización de la violencia contra las mujeres es una agenda que continúa. Es uno que posiblemente ha dado lugar a tanto debate y erudición en los dominios de la criminología, la victimología y el feminismo como el cuerpo de trabajo en el que nació<sup>40</sup>.

Finalmente, se concluye que, del estudio y examen expuestos, se derivan características que deben ser consideradas en futuros análisis, a saber:

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Leigh Goodmark, "Decriminalising Domestic Violence: A Balanced Policy Approach to Intimate Partner Violence" citado en Kate Fitz-Gibbon, et al., "Evolving Feminist Perspectives in Criminology and Victimology and Their Influence on Understandings of, and Responses to, Intimate Partner Violence", en *The Emerald Handbook of Feminism, Criminology and Social Change, eds. Kate Fitz-Gibbon*, et al. (Reino Unido: Emerald Publishing Limited, 2020), 14.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Leigh Goodmark, "Decriminalising Domestic Violence: A Balanced Policy Approach to Intimate Partner Violence", 2020, 14.

<sup>40</sup> Ibídem.

- a. Cada grupo social –varones o mujeres– responden no solo a la concepción de género, sino que se ven condicionados, además, por relaciones sociales en las cuales surgen diferencias: de clase, etnia, edad y orientación sexual, entre otras;
- b. Las relaciones de género son resultado de una construcción social;
- **c.** La perspectiva de género tiene mayor proximidad a la realidad desde las miradas de los géneros, es decir, no se trata de una mirada exclusivamente "de las mujeres", sino "desde las mujeres como grupo social subordinado" o "desde los hombres como grupo social dominante". <sup>41</sup>

La mirada de género responde a una cuestión de concepción del mundo y de la vida<sup>42</sup>. Es evidente que abordar integralmente el problema de la falta de perspectiva de género va más allá de las políticas específicas de género y violencia. Con frecuencia, la campaña contra la violencia de género y la prevención del femicidio en el Ecuador ha encontrado barreras en las estructuras naturalizadas, la ausencia de recursos y mecanismos de apoyo a las víctimas, y las deficiencias de coordinación interinstitucional.

Lamentablemente, estas circunstancias han derivado, en muchos casos, en el silencio de las víctimas y la invisibilización del problema. Al resignarse a esta realidad, el futuro solo puede ser desesperanzador. Hoy, desde los órganos rectores de la administración de justicia resulta urgente e impostergable generar instrumentos y mecanismos dinámicos e integrales para combatir toda forma de desigualdad y violencia por razones de género. Será una jornada larga, con muchos problemas, pero con certeza se alcanzará una sociedad más justa, equitativa y humana.

-

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Alda Facio, "Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género", en *Hacia políticas judiciales de género* (coords). Paola Bergallo y Aluminé Moreno (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaires, 2017), 312.

<sup>42</sup> Ibídem.



ment makers and allow from to Thurt from more meaning land hory La declaratoria del despido ineficaz de la mujer embarazada o asociado a su condición de gestación o maternidad y de los dirigentes sindicales:

Actualidad y nuevos retos en el sistema judicial\*

Dra. Enma Tapia Rivera Jueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia

enma.tapia@cortenacional.gob.ec

<sup>\*</sup> Ponencia impartida en el seminario virtual "Ciclo de conferencias en la semana de la Mujer", organizado por la Corte Nacional de Justicia, la cual tuvo lugar los días 09, 10 y 11 de marzo de 2021.

La declaratoria del despido ineficaz, es un tema relativamente nuevo en el proceso laboral, así como en el Código del Trabajo, ya que fue implementado en las últimas reformas, sin embargo, a pesar de estar unos cuantos años en vigencia, sigue causando muchos problemas.

## 1. Definición

El órgano legislativo, al momento que introdujo la figura del despido ineficaz, no desarrolló con claridad en qué consiste esta institución, y podría asegurarles, como jueza de primer nivel que fui en la ciudad de Cuenca y como docente universitaria, a nivel nacional existe incertidumbre sobre la práctica y alcance del despido ineficaz.

Si bien no existe una definición doctrinaria del despido ineficaz, y si bien no se encuentra plasmada en ninguna norma, se trata del despido intempestivo que, aunque se hubiese producido, no surte efectos, puesto trata de garantizar la permanencia de la trabajadora o el trabajador en su puesto de trabajo.

La trabajadora o trabajador a quien hacemos referencia, es la mujer en estado de gravidez, o su estado asociado a la condición de su gestación o maternidad, como dice la Constitución de la República, y sobre aquellos trabajadores que ejercen funciones de dirigentes sindicales. Entonces, en resumen, el despido ineficaz, cuando se produce, o mejor dicho, cuando se declara, recalcando que el despido ineficaz por si no es una indemnización como se cree, es una figura a través de la cual un juzgador del trabajo, una vez probado un despido intempestivo a una mujer embarazada, o asociado a su condición de maternidad o a un dirigente sindical en funciones, es quien declara la ineficacia de este despido.

# 2. ¿A quiénes ampara?

La institución del despido ineficaz ampara inicialmente, por supuesto, a las mujeres embarazadas, pero no sólo a ellas, sino también a aquellas asociadas a su condición de gestación, es decir, si una mujer embarazada, por ejemplo, tiene que internarse por una preeclampsia, esto estaría asociado a su condición de gestación.

La Constitución de la República, va más allá, al indicar que también está asociada a su rol de maternidad, y ahí sí podemos pensar en muchos ejemplos, que no solamente a veces tenga que ver respecto a una mujer embarazada o su hijo niño. Formulo la siguiente interrogante: ¿A quién podría abarcar esta situación de maternidad?, para lograr responder, cabe indicar que por primera vez en el Código del Trabajo se introduce una figura que es la de la estabilidad absoluta, la cual no existía hasta entonces, sino que existía una estabilidad condicionada, relativa, porque si bien un empleador, para terminar una relación de trabajo, tenía que iniciar, por ejemplo, un trámite de visto bueno y finalmente terminar la relación de trabajo, pero si no quería hacerlo o no tenía la causal, pues simplemente terminaba unilateralmente el vínculo con un trabajador y eso derivaba en un despido intempestivo. Sin embargo, en este caso, se introduce por primera vez este principio de inamovilidad, es decir, a una mujer embarazada, o asociada a su condición de gestación o maternidad y al dirigente sindical, aunque lo despidan, un juzgador podría declarar que ese despido no es válido y ordenar el regreso al lugar de trabajo.

Normalmente hablamos que la declaratoria de ineficacia fuera solo para la mujer embarazada, cuando no es así, también ampara al padre de familia. El artículo 152 del Código del Trabajo reformado, determina sobre la licencia o permiso de remuneración para el cuidado de las y los hijos. Este artículo dice que si luego de esta licencia, que es sin remuneración, se le despide al padre, él también podrá solicitar la declaratoria de ineficacia de este despido. Entonces se protege tanto a la madre como al padre.

El acuerdo ministerial No. MDT-2016-0158, en su artículo 18, regula el tiempo después de este permiso en que puede hacerse uso de la cobertura por despido ineficaz y dice: "Estabilidad durante el tiempo de la presente licencia (...) si dentro de los 90 días posteriores al reingreso de la licencia se produce un despido, la persona trabajadora (recuerden el padre o la madre), tendrá derecho a demandar una declaratoria de ineficacia."

Por último, también tiene derecho el miembro de la directiva de la organización de trabajadores. Entonces, no es solamente como se piensa que solo procede a favor del secretario general de los trabajadores, sino cualquier miembro de la directiva, la cual en ocasiones es bastante amplia. Entonces, cualquiera de estos trabajadores que sea miembro de la directiva, también, si se lo despide, podría considerarse como ineficaz su despido.

La cobertura la poseen durante todo el tiempo que ejerzan el cargo, por supuesto, sus funciones, pero además, el artículo 187 del Código del Trabajo les brinda un año más de garantía y, esto tiene razón de ser, porque podemos esperar que apenas termine su dirigencia sindical para despedirle, pero la ley le protege un año más, y le exige solo un requisito, que el empleador haya sido notificado, es decir, que con el solo hecho de nombrar una directiva no va a tener esta estabilidad absoluta, sino, se requiere como requisito que se notifique al empleador, pero no a través de los mismos trabajadores, sino que tiene que ser notificado a través de un inspector del trabajo.

## 3. Procedimiento

Bien, ahora vamos a tratar una parte que considero que está causando muchos problemas, porque el Código Orgánico Integral de Procesos no estableció un trámite propio para esta declaratoria de ineficacia del despido, por lo que, el pleno de la Corte Nacional de Justicia ha adoptado una resolución al respecto.

Originalmente, el despido ineficaz surgió con unos términos absolutamente reducidos, como, por ejemplo, que, una vez presentada la demanda, el juez tenía 48 horas para llamar a una audiencia. Los jueces lo que hacían es cumplir lo que dice la norma, convocaban en 48 horas, de forma que las audiencias no se efectuaban nunca, porque el legislados se olvidó que había que citar al empleador y, en las 24 horas que se tenía para citar, ni siquiera bajaba a la oficina de citaciones y menos los citadores tenían el tiempo que requiere para citar a una empresa, a un empleador, etc. Entonces, no se aplicaban estos términos. Hubo que hacer remiendos a esta normativa.

El numeral 8 del artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, establece que "Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, se aplicará los términos reducidos como en el caso de niñez y adolescencia". Entonces, ya hubo

un poco más de amplitud, es decir, ya no teníamos 48 horas, dentro del que no se sabía cuánto tiempo tiene la parte contraria para contestar.

Entonces, ahora el juez del trabajo le concede al empleador 10 días para que conteste, y se señalará en 20 días la audiencia. Pero claro, de todas maneras, resulta más corto que el término sumario normal, que, por ejemplo, son treinta días para la audiencia o quince días para que conteste la demanda.

Bien, hay que tomar en cuenta, donde debemos presentar esta acción de despido ineficaz, porque, por ejemplo, puede ser que una trabajadora resida en Quito y el empleador vive en la misma ciudad, pero sin embargo el despido no se produjo en Quito, sino fue en la fábrica que está en Latacunga. Entonces, hay que tener presente que la acción se debe deducir ante el juez de trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde se produjo el despido. Esto es importante porque muchas veces ha causado nulidades. El 195.2 del Código del Trabajo agrega algo más, concede un plazo a todas las personas que pueden solicitar la ineficacia de 30 días. Ahora, ¿Cómo se deben contabilizar estos 30 días?, ¿Cómo término o como plazo?

La Resolución No. 05-2016 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, buscando regular el aspecto de los 30 días, que originalmente eran un poco difíciles de cumplir, por el hecho de que se contaba 30 días hasta la citación al demandado, sin embargo, esta resolución manifiesta lo siguiente: "Las juezas y jueces de trabajo, al momento de calificar la demanda, declararán la caducidad de la acción (figura así mismo completamente nueva y extraña)". El juez de trabajo ahora tiene que examinar el día en que llega la demanda, si no han transcurrido 30 días plazo desde que la trabajadora o el trabajador alegan que fueron despedidos. Si es así, el juez de trabajo va a declarar de inicio esta caducidad y sobre este problema trata la resolución.

### 4. La demanda

Quisiera hacer hincapié, más bien, a que no debe tener una demanda de declaratoria de ineficacia. Entonces, lo primero que debemos tener en cuenta, es que la demanda debe ser exclusiva para tratar el despido ineficaz, nada más que ello. Está no es una indemnización, no puedo exigir una indemnización, lo que debo solicitar es regresar a mi trabajo, eso es lo que voy a buscar como pretensión. Debo probar que me han despedido intempestivamente y debo solicitar al juez que declare ineficaz el despido, que es mi deseo regresar a trabajar, porque ese es el fondo de esta figura, no es buscar una indemnización. Que luego resulte en una indemnización,

eso es posterior, pero en la demanda debe constar como pretensión que se declare la ineficacia del despido y regresar a su lugar de trabajo.

No se debe demandar tampoco, otras cosas extrañas a la declaratoria de ineficacia, como vacaciones, ropa de trabajo, horas suplementarias, etc., porque son ajenas a este procedimiento y nunca se tiene que empezar una demanda pidiendo la indemnización del despido ineficaz, que recalco que de por sí, no la tiene. Solo el juez de trabajo, cuando se haya probado un despido intempestivo, cuando haya declarado la ineficacia del mismo, quien va a determinar, luego de consultar a la trabajadora, si es su deseo regresar a trabajar o no. Si la trabajadora manifiesta que no es su deseo regresar a trabajar, solo ahí el juez de trabajo va a decidir que se pague la indemnización por despido intempestivo y, adicionalmente, una indemnización por haber despedido a una mujer embarazada, un dirigente sindical, etc.

### La Constitución y la mujer\*

Dra. Consuelo Heredia Yerovi Jueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia

maria.heredia@cortenacional.gob.ec

<sup>\*</sup> Ponencia impartida en el seminario virtual "Ciclo de conferencias en la semana de la Mujer", organizado por la Corte Nacional de Justicia, la cual tuvo lugar los días 09, 10 y 11 de marzo de 2021.

Espero que mi intervención sirva para aclarar, evidenciar y, sobre todo, para concientizar acerca de la necesidad de un mundo en equilibrio, sin violencia, con igualdad de oportunidades, que haga viable el derecho a una vida digna.

Ahora bien, la mujer, a través de la historia, ha sido víctima de discrimen y desprotección, producto de la sociedad patriarcal y de los Estados a nivel mundial. Como reflejo de ello, ha sido objeto de abuso, acoso, explotación laboral y sexual, violencia en todas sus formas, manipulación, inequidad y maltrato, donde la seguridad, la libertad, la autonomía y el derecho a desarrollarse y participar en igualdad de condiciones como ser humano que es, no existió ni fue garantizado por parte de gobierno o estamento legal alguno. Así, por ejemplo, por el hecho de ser mujer, no se le permitía el acceso a la educación, a la participación política, a la propiedad, a ser considerada ciudadana, ni aún en la Revolución Francesa, no podía ni eran conocidas sus obras de arte o literatura, o lo eran a través de seudónimo o el nombre de sus padres o esposos. Más tarde, algunas de estas prohibiciones fueron echadas abajo, gracias a su empuje y tenacidad.

Pese a ello, con el devenir del tiempo, la mujer tampoco podía ocupar puestos de decisión, había casos en que, a pesar que el trabajo realizado era igual que el de los hombres, su remuneración era inferior. Las oportunidades de ascenso o reconocimiento laboral eran mínimas y sus derechos, en caso de embarazo, no existían. Por el contrario, este hecho era utilizado como pretexto para despedirla, para no contratarla o para expulsarla de colegios o centros educativos.

En los últimos años, se han intensificado los estudios, ya sea de orden sociológico, psicológico, histórico, jurídico y más, en procura de establecer las diferencias y similitudes, las prioridades y desventajas, los acercamientos y distanciamientos que se han marcado entre hombres y mujeres, en función a diversas situaciones de índole social, profesional, laboral, cultural, familiar y educativo.

La lucha de las mujeres a nivel universal por conseguir una igualdad en el ejercicio de los derechos, que como seres humanos también nos corresponde, es lo que ha determinado que en los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos se reconozcan los derechos de las mujeres. Es así que, en lo que tiene que ver con derechos de libertades, expresamente consta determinado, tanto en el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disposiciones que garantizan el compromiso de los Estados partes de resguardar el goce igualitario de derechos de hombres y mujeres.

La mujer es considerada un sujeto con igualdad de derechos, obligaciones y con tanta dignidad como ser humano que el hombre. Es así que, a nivel internacional, se ha proclamado la no distinción en atención al sexo, en cuanto a derechos se refiere. Al respecto, vemos que el preámbulo de la Carta Internacional de Derechos Humanos manifiesta: "Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas, han reafirmado en la carta suprema, en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres".

A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución No. 217, en su artículo 1 proclama: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"; y, en su artículo 2, numeral 1, establece: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 1, dispone: "A los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

En el artículo 2 se estatuye: "Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, comprometiéndose para que esto se haga efectivo en siete literales, estableciendo entre ellos la necesaria incorporación en las constituciones y leyes inferiores, si no lo habían hecho aún, del principio de igualdad del hombre y la mujer y de la prohibición de discriminación".

De la misma forma, la Convención Belém do Pará o Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, en su preámbulo, señala: "La eliminación de la violencia contra la mujer es indispensable para el desarrollo social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida".

De ahí que el Ecuador, al ser suscriptor de estas convenciones, ha replicado los derechos en ellos establecidos y más desde el momento en que el Ecuador, por mandato constitucional, como consta en su artículo 1, se erigió como un Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo eje transversal son los derechos, que se constituyen en la muralla que buscan frenar e impedir los abusos, vinieren de donde vinieren.

De tal forma que los derechos que antes no pasaban de ser simples principios dogmáticos, fueron incorporados en la legislación nacional, como derechos susceptibles de materializarse en la práctica, a través de las garantías contempladas en la Constitución, haciendo efectivos los derechos de igualdad y no discriminación en los campos laboral, político, educativo y más, derechos que han sido reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales.

Para confirmar lo dicho, nuestra Constitución, en la disposición constante en el artículo 11, numeral segundo, garantiza la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, así como la no discriminación por ningún motivo y la adopción de medidas afirmativas para promover la igualdad. Por otro lado, en el artículo 27, se establece la educación como un mecanismo de acción positiva para integrar a la mujer en los campos educativo, laboral, político, económico, entre otros.

Igualmente, en su artículo 43, la Carta Magna garantiza la no discriminación de la mujer por razones de embarazo o en período de lactancia, señalando que, por esta condición propia de su naturaleza, no podrá ser discriminada en los ámbitos educativo, laboral y social. Se establece la gratuidad de los servicios de salud materna, la protección y cuidado integral en las etapas de embarazo, parto y posparto, así como la necesidad de brindar las facilidades para su recuperación después del embarazo y en el período de lactancia.

A su vez, el artículo 61 del mismo cuerpo legal garantiza los derechos de participación a la mujer en el ámbito sociopolítico del Estado, propugnando y asegurando esta participación con criterios de equidad y paridad para el desempeño de empleos y funciones públicas, situación que se ha visto reflejada en estos últimos años en la designación de autoridades a nivel nacional.

El artículo 66, en sus numerales tercero, cuarto, quinto y sexto, reconoce y garantiza el derecho a la integridad personal, a la igualdad material y formal, a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a expresar sus pensamientos sin más limitaciones que los derechos de los demás. De igual forma, la norma suprema, manteniendo este espíritu de protección y garantista de los derechos de las mujeres, en su artículo 331, establece que el Estado patrocinará la formación y promoción laboral de la mujer con una remuneración equitativa, eliminando toda forma de desigualdad, discrimen, acoso o acto violento que afecte de cualquier manera a la mujer en su trabajo; y, en el artículo 332, garantiza el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos en el trabajo, el acceso a éste, la estabilidad laboral y la prohibición del despido a la mujer trabajadora por su condición de maternidad o lactancia.

A su vez, la Constitución reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de auto sustento y cuidado humano que se realiza en los hogares, y patrocina el seguro social obligatorio para cubrir contingencias de enfermedad, maternidad y más, haciéndolo extensivo a aquellas personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado, todo ello en pro de la mujer, madre y trabajadora.

Como se ve, la Constitución ecuatoriana es garantista de los derechos humanos de todos y todas. Hace un énfasis especial en los derechos de las mujeres, buscando hacer posible un mundo de igualdad real, en el que tanto hombres como mujeres posean los mismos derechos y obligaciones, dejando atrás los privilegios que eran reservados solo para los hombres, especialmente en el campo público, promoviendo de esta manera una equidad en todos los ámbitos.

Es así que, finalmente, el Estado, por la incidencia y la lucha de las mujeres, se ha visto obligado a reconocer los derechos de participación, inclusión laboral, el derecho a la igualdad y no discriminación por razones de género, el derecho a una vida libre de violencia, estableciendo mecanismos para preservar su integridad y su vida. En este sentido, con el fin de eliminar cualquier discriminación que pudiera existir hacia la mujer y en procura de generar equidad en el mercado laboral, se acaba de presentar por parte del Estado ecuatoriano, un proyecto de ley denominado "Proyecto de Ley de Economía Violeta", que busca viabilizar la equidad de género en las empresas, a través de deducciones al impuesto a la renta en el caso de incorporación de nuevo personal femenino. También garantiza la paridad de género en la conformación de los directorios, en la uniformidad de la remuneración entre hombres y mujeres. Se establece el no requerimiento a la mujer de requisitos fuera de aquellos

que acrediten sus capacidades y competencias para el trabajo. Y finalmente, en este proyecto se busca la posibilidad de compartir entre los padres la licencia de maternidad y lactancia.

Este proyecto necesariamente deberá seguir el trámite legal para su aprobación, vigencia y aplicación. Sin embargo, aún hay mucho por hacer en todos los campos, sobre todo en la protección que el Estado debe a las niñas, a las mujeres, tanto en el campo privado como en el público, rechazando cualquier tipo de violencia que se ejerza sobre ellas, activando los mecanismos y garantías constitucionales para una vida en dignidad, garantizando su libre desarrollo y la no discriminación e igualdad de género, viabilizando así sus derechos y dejando de lado discursos y ofrecimientos meramente políticos que se dan para salir del momento.

Las organizaciones de mujeres, su trabajo y su decisión, han creado una conciencia social para alcanzar una igualdad real, con las diferencias que nos son propias, por lo que los derechos deben irse alcanzando progresivamente en torno a esas igualdades y diferencias, buscando eliminar la desigualdad, la jerarquización existente entre hombres y mujeres. mas no sus diferencias. Trabajemos de la mano, por un mundo, como dijo Rosa Luxemburgo: "donde seamos socialmente iguales, humanamente diferentes y totalmente libres".

# Resolución respecto al trámite de despido ineficaz y proyectos de reforma de ley planteados a favor de los derechos de la mujer\*

Dr. Alejandro Arteaga García Juez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia

alejandro.arteaga@cortenacional.gob.ec

<sup>\*</sup> Ponencia impartida en el seminario virtual "Ciclo de conferencias en la semana de la Mujer", organizado por la Corte Nacional de Justicia, la cual tuvo lugar los días 09, 10 y 11 de marzo de 2021.

Esta Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia promovió la aprobación, por parte del Pleno de esta institución, de una resolución (No. 05-2021) que precisamente trate sobre la indebida acumulación de pretensiones en la demanda presentada mediante este procedimiento sumario, en que se sustancia la acción de despido ineficaz.

Debemos anotar que el alcance de la resolución No. 05-2021 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia es de naturaleza procesal, en cuanto se centra en la tramitación de la acción de despido ineficaz, para prodigarle eficiencia y efectividad. En primer lugar, esbozaremos lo que es el procedimiento sumario y su relación con las controversias individuales de trabajo. Para el efecto, debemos remitirnos al capítulo de las competencias y del procedimiento, contenidos en el Código del Trabajo, que en su artículo 575 señala que estas controversias individuales de trabajo se sustanciarán en procedimiento sumario, conforme lo prevé el Código Orgánico General de Procesos.

El Código Orgánico General de Procesos dispone que este procedimiento sirva para distintos trámites, cuya característica fundamental es la simplificación de los mismos, es decir, que para su desarrollo es necesario una sola audiencia, con dos fases: la de saneamiento, fijación de puntos de debate y conciliación, para finalmente entrar a una fase de prueba y alegatos.

En este orden, los trámites a seguirse en procedimiento sumario que están ordenados por la ley, entre otros, son las acciones posesorias, la pretensión relacionada con determinación de la prestación de alimentos, el divorcio contencioso, las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas, controversias relativas a facturas por bienes y servicios o relativas a honorarios profesionales, los casos de oposición a los procedimientos voluntarios, controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación, la partición no voluntaria y, la que nos interesa, las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y de los dirigentes

sindicales; en los cuales se aplicarán términos reducidos, como en el caso de niñez y adolescencia.

Como se puede observar, las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y de los dirigentes sindicales, deben ser demandadas mediante el procedimiento sumario, considerando la reducción de plazos prevista en el artículo 195 del Código de Trabajo, específicamente en el numeral 2, sobre el despido ineficaz.

Con la promulgación de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar se instauró en el Código del Trabajo la figura jurídica del despido ineficaz. El alcance de estas disposiciones en el ordenamiento jurídico consiste en otorgar a las trabajadoras en estado de embarazo o asociada a su condición de gestación o maternidad y a los dirigentes sindicales una estabilidad absoluta.

Analizado el sentido del procedimiento sumario y, dentro de éste, el trámite de plazo reducido que corresponde a la acción de despido ineficaz, corresponde ahora revisar la naturaleza de este tipo de despido. Es preciso considerar que el despido, en materia laboral, se entiende estrictamente como la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo realizada unilateralmente por el patrono, empresario o empleador, es decir, el patrono o empleador disuelve por su sola decisión el contrato o relación de trabajo. Esta ruptura de la relación laboral, que de forma unilateral realiza el empleador, debe ser probada por el trabajador para obtener la indemnización prevista como sanción en la ley laboral, para lo que se denomina despido intempestivo.

Inmerso en la institución jurídica del despido intempestivo surge o, mejor dicho, se instaura en el ordenamiento jurídico laboral, la figura del despido ineficaz, constituyéndose en un trámite de naturaleza especial, pues tenemos que la legislatura generó una forma cualificada de terminación unilateral de la relación laboral, pues deviene del despido intempestivo pero, está reservada para ciertos trabajadores que gozan de condiciones singulares o especiales, pues sólo ellos pueden proponer este tipo de acción. Me refiero a las trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad y a los dirigentes sindicales.

Para la aplicabilidad del despido ineficaz, debemos empezar por establecer lo que son las pretensiones en la demanda y, para el efecto, he tomado una referencia del maestro Gozaíni, quien señala que la demanda es una actividad tendiente a

lograr la iniciación del proceso, mientras que la pretensión procura satisfacer una voluntad específica, mediante la obtención de una sentencia favorable.

Tenemos entonces que la pretensión hace parte de la demanda, es lo que busca el demandante, lo que se pide en el libelo. La pretensión es un acto de declaración de voluntad, es una afirmación de titularidad del derecho material, la pretensión es diferente de la demanda, pero está contenida en la misma, en su parte petitoria. Con la pretensión clara y precisa, se obtiene la individualización del contenido litigioso de cada proceso particular y, tal como se presenten estos elementos en la realidad práctica, cada proceso tendrá su singularidad.

Así las cosas, la pretensión debe plantearse tal y como lo señala la norma procesal, para hacer uso del procedimiento específico, para evitar que se incurra en excesos que la vuelvan improcedente. En este orden de ideas, la presente resolución se ha expedido en razón de la duda existente sobre el alcance y aplicación del artículo 195 del Código del Trabajo, en sus numerales 1, 2 y 3, en relación con el artículo 145 del Código Orgánico General de Procesos, en cuanto a la acumulación de pretensiones incompatibles.

Esta inquietud se presenta en el caso de que una mujer en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, o un dirigente sindical en cumplimiento de sus funciones, mediante demanda pretenda la declaratoria de ineficacia del despido intempestivo, para hacer efectivo el reintegro a su trabajo o la indemnización prevista en la misma norma en caso de no querer el trabajador reintegrarse; pero que además, incorporare en esa misma demanda, pretensiones relativas a otros rubros contenidos en los derechos laborales, provocando una acumulación incompatible con la acción a resolverse mediante esta acción de despido ineficaz; circunstancia esta última que está sucediendo con frecuencia.

En relación al caso que se indica, esto es, que a la demanda de declaratoria de despido ineficaz, única que activa la referida acción, se le incorporen otras pretensiones, distintas a la naturaleza de este despido, surge, entonces, la duda en cuanto a la manera como deberían proceder los jueces de instancia; esta duda normativa, ha llevado a que los distintos juzgadores resuelvan ese particular de diversas formas. De las formas de resolver, tenemos: a) inadmitir la demanda y ordenar su archivo. Al respecto, sobre esta forma de solución procesal existe un desacuerdo de los justiciable, en cuanto ocasionaría la imposibilidad de ejercer una nueva acción para la declaratoria de ineficacia del despido, pues al ser de plazo reducido la sustanciación de esta acción, se corre el riesgo que en una primera tramitación se consuma este

plazo y que para la siguiente demanda haya operado ya la caducidad, impidiendo la posibilidad de reclamar el reintegro o la indemnización. b) el juzgador admite a trámite la demanda y en sentencia exclusivamente resuelve respecto de la pretensión de declaratoria de ineficacia del despido, dejando a salvo el derecho a demandar, por cuerda separada, las demás pretensiones por los derechos laborales, que de manera incompatible acumuló con el despido ineficaz. En este caso, tenemos que deberá esperarse hasta la sentencia definitiva para poder emprender la nueva acción por los demás derechos reclamados.

Ante esta duda normativa, se considera que, de conformidad con el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, una de las dimensiones del principio de legalidad, que en nuestro ordenamiento jurídico forma parte del debido proceso, hace relación a que debe existir un procedimiento claramente preestablecido para el juzgamiento de una acción, como la que se vincula con la protección de la mujer en periodo de lactancia o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como para los dirigentes sindicales en ejercicio de sus funciones.

El artículo 35 de la misma Constitución dispone que, para las personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad y quienes reciban atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, el Estado deberá prestar una especial protección, a estas personas con condición de doble vulnerabilidad. Observamos entonces que nuestra Constitución contempla protecciones especiales a las mujeres en esas circunstancias, a efectos de garantizar el principio de igualdad y no discriminación y asegurar que toda mujer ejerza con dignidad su maternidad. Esta protección alcanza al embarazo, al parto y la lactancia y, en consecuencia, procura que el hijo goce de una serie de condiciones que potencialicen su adecuado desarrollo.

En este sentido, el artículo 153 del Código del Trabajo señala que: "No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de 12 semanas. Durante este lapso, la mujer tendrá derecho a percibir la remuneración completa, salvo el caso de lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social, siempre que cubra en forma igual o superior los amparos previstos en este código".

El artículo 154 del Código del Trabajo, en su parte pertinente, señala: "[...] salvo en los casos determinados en el artículo 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo, desde la fecha que se inicie

el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano Seguridad Social y, a falta de éste, por otro facultativo".

Ahora bien, con base en el principio de no discriminación por género, contenido en el artículo 11.2 de la Constitución de la República del Ecuador, en el ámbito laboral, el ordenamiento jurídico del país establece un mecanismo de garantía reforzada para las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, la prohibición de terminación de la relación laboral por razones directa o indirectamente relacionadas con la condición de embarazo. De ahí que, por la garantía de estabilidad reforzada o absoluta, no se pueden terminar las relaciones laborales cuando no exista justa causa debidamente comprobada, de las que constan en el artículo 172 del Código del Trabajo.

Esto significa, que, si los motivos que originaron la necesidad laboral persisten más allá del tiempo en que quiere darse por terminada la relación con una trabajadora en estado de embarazo, el contrato individual necesariamente ha de tener que subsistir, excepto, que se compruebe, en debida y legal forma, que la trabajadora ha incurrido en una causa justa para terminar el vínculo laboral.

Para la protección laboral de la mujer en su situación de gravidez y o de lactancia, el artículo 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, añadió a continuación del artículo 195 del Código del Trabajo los siguientes artículos: artículo 195.1, que habla sobre la prohibición de despido y declaratoria de ineficacia; artículo 195.2, que se refiere a la acción de despido ineficaz propiamente dicha; y, artículo 195.3 que nos remite a los efectos de la declaratoria de ineficacia del despido.

De la lectura de estos artículos se observa que las normas expuestas no son del todo claras respecto al alcance y aplicación de la acción, en cuanto a lo que exactamente se debe o se puede solicitar como pretensión cuando se demanda la declaratoria de ineficacia del despido intempestivo, es decir cuestionamientos como: ¿Debe solicitarse en la demanda únicamente la declaratoria de ineficacia del despido? ¿Qué pasará entonces cuando dentro de la demanda en la que se reclama esta declaratoria de ineficacia, también se plantea el reconocimiento de otras pretensiones distintas a tal pedido de la declaratoria de ineficacia del despido? en esta última tales como, por ejemplo, cuando se solicita el reconocimiento o el pago de la decimotercera remuneración, decimocuarta remuneración, vacaciones, fondos de reserva,

bonificaciones por desahucio, utilidades, ropa de trabajo, en general, cualquier otro beneficio laboral al cual el trabajador o trabajadora considere tener derecho.

Frente a este panorama, es imperioso que aclarar y complementar el sentido y alcance de los enunciados interpretativos de esta normativa contenida en el Código el Trabajo, en relación con el artículo 145 del Código Orgánico General de Procesos. Para ello se hizo necesaria una resolución general y obligatoria, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de la facultad prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, sobre la base de los derechos y principios que inspiran a la administración de justicia en general y a la Corte Nacional de Justicia en particular, cómo la tutela judicial, el debido proceso, la seguridad jurídica, la celeridad, la eficiencia, la consecución de justicia, la economía procesal, entre otros, con el fin de que se resuelva el problema interpretativo puesto a consideración, al existir dudas sobre el alcance y aplicación.

Para ello, fue necesario recurrir a distintos criterios y reglas de la interpretación, que ofrecen razones admisibles para una determinada opción interpretativa, como la regla del favor laboratoris en derecho laboral o el prohomine o interpretación favorable de los derechos fundamentales; todo esto con el fin de realizar, en la mejor medida posible, la posibilidad de la declaratoria de esta ineficacia del despido intempestivo.

En este caso, la propuesta que fue aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, referente a la interpretación de las normas contenidas en los artículos 195.1, 195.2 y 195.3 del Código del Trabajo, establece lo siguiente:

"En los juicios individuales de trabajo, en los que la mujer en estado de embarazo, en periodo de lactancia o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como por los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones, demanden la declaratoria de ineficacia del despido previsto en los artículos 195.1, 195. 2 y 195.3 del Código del Trabajo, las juezas y los jueces que, al calificar la demanda, evidencian que, a más de la pretensión propia o exclusiva de esta norma, la o el accionante incorpore otros reclamos relativos a derechos laborales, admitirá a trámite la demanda únicamente en lo que respecta a la pretensión de declaratoria del despido ineficaz, dejando a salvo, en la misma calificación, el derecho de la persona trabajadora a reclamar por vía separada los demás beneficios laborales".

Con esta resolución interpretativa, lo que se pretende es garantizar los derechos de las mujeres en estado de gestación, prestar especial protección a la maternidad y

a la infancia e impedir la discriminación contra la mujer por razones de maternidad y asegurar su derecho al trabajo.

En cuanto a los proyectos de reforma de ley para beneficiar a la mujer, voy a comentarles acerca de uno que se está trabajando en la Sala Especializada de lo Laboral, para ser planteada al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el cual se refiere, en términos generales, a un proyecto de reforma al Código del Trabajo.

A forma de preámbulo, debemos considerar que la lactancia materna es un derecho fundamental de las mujeres, en cuanto deben contar con las condiciones necesarias para proveer la lactancia a sus hijas e hijos. Este derecho, sabemos, debe ser promovido por el Estado. Instrumentos normativos nacionales e internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución de la República del Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia, la Ley Orgánica de Salud, la Ley de Fomento, Apoyo y Protección a la Lactancia Materna, establecen que la lactancia materna es un derecho fundamental de las niñas y niños para garantizar su supervivencia y constituye el medio más idóneo para asegurarles una adecuada nutrición y favorecer su normal crecimiento y desarrollo.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 43, dispone la protección y el derecho que tienen las mujeres embarazadas, las madres en periodo de lactancia, con el fin de salvaguardar su vida. Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 24, establece que el niño y la niña tienen derecho a la lactancia materna, para asegurarle el vínculo afectivo con su madre, adecuada nutrición, crecimiento y desarrollo y, con obligatoriedad, los establecimientos de salud públicos y privados deben desarrollar programas con el propósito de estimular, promover e impulsar la lactancia materna. La Ley de Fomento, Apoyo y Protección a la Lactancia Materna, en su artículo 1, establece que la lactancia materna es un derecho natural del niño y constituye el medio más idóneo para asegurarle una adecuada nutrición y favorecer su normal crecimiento y desarrollo. El artículo 155 del Código del Trabajo, que fue reformado por la ley publicada en el Suplemento No. 797 del Registro Oficial de 26 de septiembre del 2012, señala que la madre tiene derecho a dos horas diarias para lactancia de la niña o niño que hubiera dado a luz, hasta que cumpla un año de edad.

El artículo 33 de la Ley Orgánica de Servicio Público dispone que el resto de las servidoras públicas del país tienen permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante 12 meses, contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad. Igualmente, el numeral 9 del artículo 97 del Código Orgánico

de la Función Judicial, el cual fue sustituido por el artículo 15 de la ley publicada en el Registro Oficial No. 345, Suplemento de 8 de diciembre de 2020, señala que la madre tendrá derecho para el cuidado de la o el recién nacido por dos horas diarias, durante 12 meses, contados a partir de la fecha en que concluyó su licencia de maternidad.

El permiso de maternidad y lactancia, como está regulado en el Código del Trabajo, presenta muchas particularidades, que se traducen en prácticas que consideramos discriminatorias en contra de las mujeres trabajadoras del Ecuador, por lo tanto, se busca con este proyecto de ley armonizar el régimen jurídico del Código del Trabajo con el de las servidoras públicas del país, a fin de que su configuración sea compatible con el principio de igualdad y proporcionalidad en los que se sustenta el derecho objetivo al trabajo.

El principal objetivo de esta propuesta sería la reforma que se puede resumir en dotar a las mujeres trabajadoras sujetas al Código del Trabajo, de un cuerpo legal, claro, coherente y preciso con relación al tiempo de permiso de maternidad y lactancia, en situación de igualdad con el resto de servidoras públicas del país, en armonía con el ordenamiento constitucional vigente en el Ecuador y los instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, que propugnan rematerializar los discursos axiológicos de carácter jurídico-político de los derechos al trabajo, en el sentido más favorable a las personas trabajadoras, con perspectiva de género.

En este sentido, las mujeres trabajadoras del sector público y privado sujetas al Código del Trabajo tienen derecho a una normativa proporcional, consistente y coherente con el resto del ordenamiento jurídico, en lo relativo al cuidado de la mujer trabajadora durante el embarazo y durante el periodo de lactancia, en consonancia con el nuevo discurso jurídico de trato igualitario y no discriminación con perspectiva de género.

El inciso primero del artículo 152 del Código del Trabajo señala que toda mujer trabajadora tiene derecho a una licencia con remuneración de 12 semanas por el nacimiento de su hija o hijo. En caso de nacimientos múltiples, el plazo se extiende por 10 días adicionales. El inciso tercero del artículo 155 ibídem señala que, durante los 12 meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará 6 horas diarias, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria.

La letra c) del artículo 27 de la Ley Orgánica de Servicio Público establece que toda servidora o servidor público tiene derecho a gozar de licencia con remuneración

de 12 semanas por maternidad, por el nacimiento de su hija o hijo. En caso de nacimiento múltiple, se extiende este plazo a 10 días adicionales.

El artículo 33 de ese mismo cuerpo legal señala que las servidoras públicas tendrán permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante 12 meses contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad.

El artículo 97, en su numeral 9, del Código Orgánico de la Función Judicial señala, de manera similar, que la mujer tendrá derecho al cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante 12 meses contados a partir de la fecha en que concluyó su maternidad.

Tenemos que no existe igualdad de condiciones para las mujeres que están bajo el amparo del Código del Trabajo, frente a las mujeres que están bajo la norma administrativa. En ningún caso se evidencia que se cuenta esa protección de los 12 meses en el Código del Trabajo a partir del parto, mientras que en las normas administrativas y el Código Orgánico de la Función Judicial se refiere que estos 12 meses se contarán a partir de haber finalizado la licencia por maternidad. Tenemos una diferencia de tres meses aproximadamente.

De ahí que sería aplicable una propuesta en estos términos: sustitúyase el inciso tercero del artículo 155 del Código del Trabajo por el siguiente: "La jornada de la madre lactante tendrá una duración de seis horas diarias durante los doce meses contados a partir de que haya concluido su licencia con remuneración de maternidad de 12 semanas por nacimiento de su hija o hijo". De tal modo, que las mujeres trabajadoras sujetas al Código del Trabajo, al igual que las servidoras del sector público, dentro del nuevo diseño transformador de justicia, tienen el derecho a que el Estado garantice y desarrolle políticas progresivas en su favor, de sus derechos laborales de forma igualitaria, sin distinción entre tipos de servidores y tipos de trabajadores.

**Nota:** Esta ponencia fue presentada el 9 de marzo de 2021. El 22 de septiembre de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador declaró la inconstitucionalidad por el fondo de la frase "posteriores al parto", contenida en el inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo<sup>1</sup>.

122

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Sentencia No. 36-19-IN/21, de 22 de septiembre de 2021, aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional.

# Atención y protección a las víctimas de violencia contra la mujer dentro del sistema de justicia\*

Dr. Felipe Córdova Ochoa

Juez de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia

felipe.cordova@cortenacional.gob.ec

<sup>\*</sup> Ponencia impartida en el seminario virtual "Ciclo de conferencias en la semana de la Mujer", organizado por la Corte Nacional de Justicia, la cual tuvo lugar los días 09, 10 y 11 de marzo de 2021.

¿De qué manera el estado debe abordar la violencia contra la mujer y los miembros del grupo familiar? Si bien ante esta interrogante existen varias respuestas: que debe ser eficiente, oportuna, eficaz, es decir, entre otros, aplicando varios principios que emanan tanto de la Constitución, de la ley y de los tratados internacionales; otra de las respuestas es que el Estado puede dar una seguridad integral a sus habitantes, acorde al régimen del buen vivir que establece la Constitución. Pero lo primero que debe hacer un Estado, aparte de lo anterior, es el reconocimiento de los derechos que tiene la mujer, ya que históricamente siempre ha estado en desigualdad, Incluso, en algunos Estados, la violencia contra la mujer ha sido catalogada como un problema de salud pública.

Este reconocimiento de derechos ha sido abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por organismos internacionales, respecto al derecho que tienen las mujeres de vivir libres de violencia y discriminación, como nuevo reto de protección de derechos humanos. Por eso los Estados han promulgado instrumentos internacionales que protegen los derechos de la mujer, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Es bueno acotar que este instrumento internacional ha sido el más ratificado en el sistema interamericano, así como también la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo.

¿Qué reflejan estos tratados internacionales de los cuales Ecuador es suscriptor? Reflejan el consenso y el compromiso regional de que la violencia contra las mujeres es un problema público, prevalente y generalizado, meritorio de acciones estatales que logren su prevención, que tenga un tratamiento preferencial en el ámbito de la investigación, sanción y reparación a las víctimas. Inclusive se ha reconocido el enfoque de género que poseen estos tratados internacionales y la constante comprensión sobre la construcción social que se ha dado a través del tiempo.

Entonces, con este reconocimiento de derechos, uno de los ejes de atención a la víctima no solo debería ser el acceso a la justicia, sino la debida diligencia que debemos brindar todos los que componemos el sistema de justicia, ante una posible vulneración de derechos. Esta debida diligencia se aplica en la mayoría de estados y el Ecuador no ha sido ajeno a esta realidad internacional. Hemos avanzado en varias acciones para erradicar esta violencia, no solamente a través de la justicia, imponiendo medidas inmediatas o de protección, sino también mecanismos de protección a bienes jurídicos, así como la implementación de infracciones y sanciones, como las desarrolladas desde el año 2014 con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en sus artículos 155 y siguientes, referente a violencia contra la mujer en sus diferentes formas: sea esta física, psíquica o sexual; es decir, protegiendo los derechos de libertad. Recordemos que la Constitución establece como derechos de libertad la no vulneración a la integridad, entonces, si la Constitución establece estos bienes jurídicos, lo que hace el Derecho penal es adoptarlos y tutelarlos. Inclusive, con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal se da la tipificación de nuevas contravenciones y delitos, como el femicidio, por ejemplo, con elementos de tipicidad propios e independientes.

El Estado, comprometido con este reconocimiento de derechos y en base a las dinámicas sociales cambiantes respecto a las formas de violencia, promulga, en febrero de 2018, la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, así como su respectivo reglamento, que tiene como objeto prevenir y erradicar esta violencia, no solo para mujeres, sino también para niñas, niños y adolescentes, en los ámbitos público como privado.

¿Cuáles son los ejes de actuación y la atención a las infracciones de violencia contra la mujer? Debe existir como eje principal la prevención, eso determina la ley, así como los instrumentos internacionales. En esta prevención se deben establecer políticas, programas y proyectos, mecanismos medidas y acciones necesarias para que la prevención de estos hechos de violencia propenda a que progresivamente se vaya eliminando, con la aplicación de varios principios, entre ellos, el de la corresponsabilidad, según el cual debe intervenir la sociedad civil, la familia, conjuntamente con la administración de justicia.

Si hablamos de prevención también debemos tener en cuenta la atención que se debe dar, disponiendo que todas las autoridades, dentro del ejercicio de su competencia, ofrezcan atención médica, psicológica, socioeconómica y jurídica a las mujeres, esto es, una atención integral inmediata, para que esta asistencia a la víctima siempre esté a cargo de profesionales especializados en la materia y se garantice la protección de la integridad y la seguridad de las mujeres víctimas de violencia, así como, su dignidad, autonomía, integridad, bienestar.

Este cuidado se consigue con la adopción de medidas de protección, dictadas por jueces especializados en violencia de género, y con medidas administrativas, emitidas por juntas cantonales de protección de derechos, comisarias, tenencias políticas; conforme lo determina la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y su respectivo reglamento. La finalidad de esta normativa es materializar aquella prevención y erradicación, con la transformación de patrones socioculturales y estereotipos, que nos permitan tratar de que no se perpetúe esa desigualdad entre hombres y mujeres, atendiendo y protegiendo a las víctimas de violencia.

Recordemos que esta violencia puede ser en varios ámbitos, como el doméstico, intrafamiliar, educativo, laboral, deportivo, inclusive en centros de rehabilitación social. Se puede dar en instituciones de salud, en estados de emergencia, en situaciones humanitarias. Pero, ¿qué sucede cuando se presentan estos casos de violencia, en cualquiera de sus formas. El Estado, a través de la administración de justicia o los entes administrativos, no exige requisito alguno para que una víctima pueda ser atendida y, de forma inmediata, de acuerdo al caso en concreto, tanto como Fiscalía, juzgados, tenencias políticas, juntas cantonales de protección de derechos, comisarias, puedan brindar estas medidas; en el caso de Fiscalía, solicitando, de forma inmediata, al juzgado competente.

Las medidas de protección que solicita Fiscalía al juez, pueden hacérselo por vía telemática, sin ninguna clase de formalidad, y se las ordena por la misma vía. Recordemos que por el estado de emergencia en la pandemia se implementó esto, se podía presentar cualquier requerimiento o denuncia a través de la página de la Fiscalía, el cual era dirigido mediante correo electrónico al juez y se dictaba la medida correspondiente, misma que era ejecutada inmediatamente por el departamento de violencia intrafamiliar de la Policía Nacional.

Si la solicitud se presenta en los juzgados especializados en violencia, éstos cuentan con equipos técnicos: trabajo social, psicólogo y médicos. Dependiendo del hecho de violencia se les hace un peritaje integral. Si es una contravención flagrante se procede a su inmediato juzgamiento, si no es flagrante se inicia el procedimiento ordinario que establece la ley. Recordemos que el artículo 159 del Código Orgánico Integral Penal, con las últimas reformas del año 2019, determina que una

contravención contra la mujer es una herida, un golpe o una lesión que cause hasta tres días de incapacidad. En esta reforma también se incluyen otros hechos de violencia, como puede ser la fuerza física que no cause lesión o la destrucción, retención o sustracción de efectos personales. Inclusive se establece como contravención los improperios que se le realiza a la mujer.

En el caso concreto, si se presenta una lesión que supere los tres días, que consiste en un delito de acción penal pública, interviene en forma primaria la fiscalía y después el juez respectivo, quien dicta las medidas de protección, conforme lo dispone el artículo 558 del Código Orgánico Integral Penal. Estas medidas de protección buscan reestablecer el orden, la confianza, cortar el abuso y, en primera instancia, brindan apoyo a la víctima. Las más comunes que se dictan son la prohibición de acercarse, prohibición de concurrir a lugares, prohibición de acercarse a testigos, actos de persecución por si o terceras personas, orden de salida de la vivienda, tratamiento psicológico, entre otros. Son herramientas necesarias en la actualidad.

Quizá una falla que se ha visto, deficiencias que se han apreciado en algunos juzgados, es que en la boleta de auxilio que se emite no existe la prohibición exacta o la orden negativa que se debe anotar y contra quien va dirigida, porque a veces solo anotamos los numerales y los artículos, sin considerar que a veces son personas que no tienen acceso a la legislación.

Las medidas administrativas las pueden dictar las juntas cantonales de protección de derechos, las intendencias de policía y las comisarias, las cuales están al alcance de la ciudadanía. Sobre este punto, el Consejo de la Judicatura, en estos días presentó un informe al país, donde según sus estadísticas se atendió a más de mil víctimas a través del módulo virtual de protección, el cual es un instrumento necesario para la tutela judicial efectiva de las víctimas de violencia, ya que las medidas de protección, sean estas administrativas o judiciales, tienen un impacto positivo en la sociedad, en cuanto a precautelar la integridad de las mujeres.

Este procedimiento administrativo que se lleva a cabo en las comisarías, tenencias políticas, etc., siempre es remitido a un juez, para que confirme, modifique o, de ser el caso, inclusive, revoque las medidas de protección. Se informa de esta resolución a la junta cantonal de protección de derechos respectiva, para que pueda seguir el trámite ordinario. Un aspecto fundamental siempre va a ser la notificación de las medidas de protección en contra de la persona que se dictó, sea que hayan sido dictadas por las juntas cantonales de protección de derechos o el juez, porque

si no están notificadas las medidas no son exigibles, no se configuraría el posible incumplimiento de decisión legítima de autoridad competente. Para que exista un juicio de reproche penal, la persona tiene que conocer que su acto se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico.

Para concluir, podríamos decir que constituye la mayor responsabilidad del Estado generar mecanismos para minimizar la inequidad, la violencia y la vulneración de derechos. Aquello se cumple no solo con el reconocimiento de definiciones, sino exigiendo a varias instituciones del Estado la adopción de normas, políticas, programas, mecanismos y acciones para reducir esta problemática. También podríamos decir que la preparación, capacitación y formación en violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar debe ser no solo los jueces, sino de todos, incluidos los servidores judiciales, de Fiscalía, servidores administrativos, policías, etc. Debemos seguir fortaleciendo los derechos de igualdad y libertad, para lograr una sociedad más justa y equilibrada, en donde algún día podamos decir que la violencia contra las mujeres es un hecho que ha quedado en la historia.

## Medidas de protección administrativas\*

Ab. Byron Guillén Zambrano

Juez de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia

byron.guillen@cortenacional.gob.ec

<sup>\*</sup> Ponencia impartida en el seminario virtual "Ciclo de conferencias en la semana de la Mujer", organizado por la Corte Nacional de Justicia, la cual tuvo lugar los días 09, 10 y 11 de marzo de 2021.

Las medidas de protección judiciales se otorgan de manera directa por el juez, pero, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que se publicó en febrero del año 2018, el legislador verificando este mal social llamado "violencia contra la mujer", busca acercar la justicia y el aparataje estatal a las víctimas, dar una herramienta más efectiva, es decir, que las víctimas no tengan que trasladarse de circunscripciones territoriales alejadas a las cabeceras cantonales para buscar una protección, sino que la protección sea inmediata a su domicilio, hogar o lugar de trabajo.

En el año 2018, la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, estableció lo que ahora se conoce como medidas de protección administrativas, que no las dicta un juez o jueza, es decir, que estas medidas de protección son dictadas por funcionarios administrativos a los cuales la ley les ha dado esta competencia.

### 1. Ejes de protección del Sistema Nacional Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres

Este sistema fue creado por la ley en referencia, el cual está articulado por algunas instituciones estatales y tiene como finalidad la prevención, la atención, la protección y la reparación integral. Estas medidas de protección administrativas se encuentran dentro del eje de protección. Las medidas de protección administrativas buscan garantizar, proteger, detener y cesar, justamente, la violación a los derechos físicos, psicológicos, patrimoniales y laborales de las víctimas, en este caso de las mujeres, en todos sus ámbitos, es decir, adultas mayores, niñas y jóvenes. Para eso están orientadas estas medidas administrativas de protección.

## 2. Características de las medidas de protección

Hay algunos conceptos importantes que es necesario mencionarlos:

- Proporcionales: En primer lugar, el funcionario administrativo competente para otorgar estas medidas deberá hacerlo en base al principio de proporcionalidad. Si bien es cierto, la ley establece varias medidas administrativas de protección, deberá adecuarse cada una al caso concreto y específico, mirando la gravedad del hecho, los daños sufridos y las circunstancias particulares de la víctima frente a su agresor.
- Inmediatas: Las medidas de protección impuestas por la autoridad competente son de aplicación inmediata, para salvaguardar la vida, la integridad física, psicológica, sexual; y los derechos patrimoniales, económicos y laborales de las mujeres en situación de violencia y de sus dependientes.
- Temporales: Las medidas de protección administrativas son temporales porque deben ser confirmadas, modificadas o ratificadas por un juzgador. Estas medidas se mantienen hasta que cesen las causas por las cuales se dictó.
- Entran en vigencia desde su otorgamiento hasta su modificación, ratificación o revocatoria.
- Son preventivas: En algunos casos buscan prevenir que se cometa un acto de vulneración o de violencia física contra la mujer.
- Su incumplimiento genera responsabilidad administrativa, civil o penal: En el campo penal específicamente, su inobservancia se encuadra en el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, contemplado en el artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal. Por lo tanto, su incumplimiento puede ser reclamado por la víctima o por los demás organismos de protección.
- No valoran jurídicamente la conducta del agresor: Es importante que la víctima tenga presente que estas medidas de protección no valoran jurídicamente la conducta del agresor. No es un prejuzgamiento del agresor, no es una denuncia en su contra.

- No requieren patrocinio legal: La víctima no necesita buscar un abogado o abogada para relatar los hechos de violencia de los cuales está siendo víctima. Del simple relato de los hechos, la autoridad competente emitirá las medidas de protección administrativas de manera inmediata, en el plazo de 24 horas, y, excepcionalmente, en el plazo de 48 horas.
- No requieren prueba: No hacen falta testigos, fotografías o algún documento, con la finalidad de que la autoridad competente emita estas medidas de protección. Lo deberá hacer simplemente del relato que la víctima o cualquier persona, porque no necesariamente es la víctima quien deberá presentar este requerimiento de medidas administrativas, sino que cualquier persona o los organismos competentes de protección pueden hacerlo.
- En ningún caso la víctima realizará la notificación de la boleta de medida de protección administrativa: A la víctima se le entrega su boleta de auxilio o de medida de restricción, pero no tiene que notificar a su agresor. La ley hace énfasis en esto, en virtud de que en el pasado, lógicamente en otras circunstancias, cuando no se comprendía el concepto de violencia, una vez que la víctima era agredida sexualmente, existía una revictimización al momento que se le exigía que sea quien notifique a su agresor, es decir, se le enfrentaba y se le ponía nuevamente en riesgo con su agresor. Por ello, actualmente, bajo ninguna circunstancia el funcionario administrativo puede exigir a la víctima que notifique a su agresor, eso está prohibido, y genera, en caso de que así suceda, responsabilidades de carácter administrativo, civiles y penales.
- Las medidas de protección se notificarán a la Defensoría del Pueblo: Las medidas de protección se notificarán, adicionalmente del agresor y de las instituciones que tienen que cumplir estas medidas de protección, a la Defensoría del Pueblo, la cual aparece como una institución garante de los derechos, a proteger los derechos de la víctima, a realizar seguimiento de manera trimestral de si las medidas de protección realmente han sido cumplidas, es decir, se le da un rol protagónico y de protección.
- Se otorgan sin perjuicio de encontrarse activo un proceso jurisdiccional: Es indiferente para el derecho y para el otorgamiento de las medidas de protección administrativas si ya existe un proceso penal

o contravencional. No podrá negarse el otorgamiento de estas medidas porque se alegue o verifique que existe un proceso judicial.

### 3. Competencia para dictar las medidas de protección

Son competentes para otorgar medidas de protección, en primer lugar, las juntas cantonales de protección de derechos, que son creadas por los gobiernos autónomos descentralizados. Lamentablemente, no todos los gobiernos autónomos descentralizados han creado estas juntas cantonales de protección de derechos. Algunos municipios ya lo han hecho y están otorgando estas medidas de protección administrativas.

Lógicamente, las juntas cantonales de protección de derechos otorgan las medidas de protección administrativas dentro del ámbito cantonal, pero ya en el ámbito parroquial están las tenencias políticas. El teniente político es el que otorga estas medidas de protección.

De darse el caso que algunos municipios no hayan adecuado su normativa a la creación de estas juntas cantonales de protección de derechos, la ley ha establecido que las comisarias nacionales de policía sean las que otorguen estas medidas de protección administrativas en el ámbito cantonal. La ley es clara en determinar que se pueden disponer todas las medidas de protección administrativas que garanticen la integridad de las víctimas.

Dentro de las competencias de las juntas cantonales de protección de derechos están:

- Conocer los casos de violencia y disponer las medidas de protección administrativas.
- Interponer las acciones ante los órganos judiciales. Estas acciones pueden provenir del incumplimiento de las medidas de protección administrativas o por interposición de la junta cantonal de protección de derechos, en caso de que, del relato de la víctima, se verifique un delito o una contravención.

- Las juntas cantonales de protección de derechos tienen que llevar un registro único de violencia contra las mujeres.
- Denunciar los actos de violencia si corresponden al cometimiento de una contravención o de un delito.
- Vigilar que los reglamentos y practicas institucionales no violen los derechos que protege el sistema para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

Dentro de estas medidas de protección administrativas, algunas que se replican en el Código Orgánico Integral Penal como medidas de protección jurisdiccionales, encontramos en primer lugar la emisión de una boleta de auxilio y la orden de restricción del agresor.

- Restituir a la víctima a su domicilio.
- Insertar a la víctima a programas de protección.
- Prohibir al agresor que modifique su domicilio o el de sus dependientes; ejecute, por sí o por terceros, acciones de intimidación, amenazas o coacción; oculte o retenga documento o bienes de la víctima. Estamos hablando de una violencia económica o patrimonial.
- También pueden disponerse como medidas de protección administrativas el ordenar que el agresor salga del domicilio; el inventario de bienes muebles e inmuebles de propiedad común; la suspensión temporal de las actividades del agresor en ciertos ámbitos; la instalación de dispositivos de alerta; la inserción de la víctima en programas de inclusión integral; seguimiento para verificar la rectificación de las conductas de violencia; y, la flexibilidad o reducción del horario de trabajo de la víctima.

Estas medidas de protección, que se pueden dictar incluso en el ámbito laboral, por la situación que puede estar pasando la víctima, de riesgo para su integridad física, psicológica o en cualquier otro ámbito de violencia, hay una disposición administrativa que debe ser acatada y debe ser cumplida, sea en una entidad pública o en una entidad privada.

# 4. Parámetros de valoración para dictar las medidas de protección administrativas

Lógicamente, las medidas de protección administrativas, como no puede ser de otra manera, deben ser motivadas, porque la función estatal o pública se legítima a través de la motivación, por lo tanto, el funcionario encargado de dictar estas medidas de protección no está exento de justificar las razones y motivos por las cuales las otorga.

Hay algunos parámetros, que vienen dados en el Reglamento a la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, para evaluar ese riesgo que enfrenta la víctima, y bajo el principio de proporcionalidad, establecer cuál es la medida de protección más idónea y eficaz que en el caso concreto deba establecerse a favor de esa víctima. Por ejemplo, entre algunos de los parámetros que establece dicho reglamento tenemos la existencia de amenazas previas, el consumo de alcohol del agresor, actos de violencia que hayan sucedido en presencia de los hijos, entre otros.

Asimismo, hay parámetros de evaluación específicos que debe tener en cuenta la autoridad que va a dictar esta medida de protección y he citado aquí algunos ejemplos, por decir: el temor de la víctima de ser objeto de ataque contra su vida, que la víctima se encuentre aislada o retenida por la persona agresora (es necesaria una medida de protección inmediata y urgente), intento de suicidio por parte de la víctima. Estos son parámetros que, de una u otra manera, que, sin ser excluyentes de otros parámetros que pueda valorar la autoridad competente, nos grafica unos criterios de razonabilidad bajo los cuales la autoridad competente podrá dictar estas medidas de protección administrativas.

# 5. Especialidad para la aplicación y seguimiento de las medidas de protección administrativas

Las juntas cantonales de protección de derechos contarán con personal capacitado para la aplicación y seguimiento de las medidas de protección administrativas.

Ahora, todas las medidas de protección administrativas tienen un carácter reservado porque no es una denuncia en si mismo, y no tiene acceso el público en general.

En el año 2018, el Consejo Nacional para la Igualdad de Género en colaboración con el Ministerio del ramo, elaboró la "Guía de otorgamiento de Medidas Administrativas de Protección" con el objetivo fortalecer las capacidades de las juntas de protección.

### 6. Clases de medidas de protección administrativas

La ley divide las medidas de protección administrativas en medidas inmediatas, que se aplican cuando se está cometiendo un acto de violencia contra la víctima y, medidas de protección administrativas preventivas, que buscan evitar que se produzca la violencia, es decir, cuando ya existe una amenaza o ciertos hechos que podrían concretarse en un acto de violencia. Es por eso que la ley hace una diferenciación.

Por otra parte, la ley prevé acciones urgentes que deben ser ejecutadas por la Policía Nacional cuando existe o se presume la vulneración o riesgo a la vida o integridad de las víctimas. Estas son, a manera de ejemplo: alerta inmediata, activación de protocolos de seguridad, acompañamiento a la víctima, solicitar atención a las entidades que conforman el sistema. La Policía Nacional lleva a la víctima a la junta cantonal de protección de derechos, se queda con la víctima hasta que le otorguen las medidas de protección de carácter administrativo, es más, la ley establece que la víctima no podrá abandonar las instalaciones hasta que no se le otorguen las medidas de protección y la Policía Nacional brinda esta protección, seguridad y garantía para que la víctima no tenga ese temor de acudir a presentar o requerir las medidas de protección en el ámbito administrativo.

Para el otorgamiento de las medidas de protección deberá determinarse si el derecho ha sido vulnerado o si se busca evitar su transgresión, con el fin de diferenciar la medida de protección inmediata de la medida de protección preventiva.

En el caso de medidas administrativas de protección inmediatas que tengan por objeto detener la vulneración del derecho de las mujeres, el órgano que otorgó la medida administrativa de protección, en un tiempo máximo de veinte y cuatro

horas, pondrá en conocimiento de los órganos judiciales el hecho y la medida otorgada para que la ratifique, modifique o revoque.

En el caso de medidas administrativas de protección que tengan por objeto prevenir la vulneración del derecho de las mujeres, la Junta Cantonal de Protección de Derechos que conozca la solicitud, verificará por la sola descripción de los hechos, el riesgo de ser vulnerado el derecho a la integridad personal y la vida digna de las mujeres y las otorgará o denegará inmediatamente. En un plazo máximo de tres días el órgano que otorgó la medida de protección pondrá en conocimiento de los órganos judiciales el hecho y la medida otorgada para que ratifique, modifique o revoque la medida.

#### **Fuentes normativas:**

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial, Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 175 de 5 de febrero de 2018.

Reglamento General de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, publicado en el Registro Oficial, Suplemento No. 254 de 4 de junio de 2018.

# El femicidio como máxima expresión de violencia de género\*

Dra. Mercedes Caicedo Aldaz

Conjueza de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia

mercedes.caicedoj@cortenacional.gob.ec

<sup>\*</sup> Ponencia impartida en el seminario virtual "Ciclo de conferencias en la semana de la Mujer", organizado por la Corte Nacional de Justicia, la cual tuvo lugar los días 09, 10 y 11 de marzo de 2021.

#### 1. Generalidades

Una de las máximas expresiones de violencia contra la mujer lo es el femicidio. Al respecto, se ha tratado bastante en la doctrina acerca de lo que es el femicidio como tal, dentro de su definición jurídica, sociológica y antropológica. Se abordará al delito de femicidio bajo los parámetros y criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de criterios doctrinarios respecto a lo que corresponde la violencia de género y buscamos con ello promover la erradicación de la violencia contra la mujer, el acceso a la justicia, la debida diligencia de los Estados en busca de la verdad procesal y la reparación integral adecuada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia ha especificado cuál es la diferencia entre femicidio y feminicidio. Antes de ello, es importante que se haga hincapié respecto a que antes del año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tenía jurisprudencia o lineamientos claros o específicos de acceso a la justicia, verdad procesal o enfoque de género, es más, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda es quien presenta los primeros lineamientos claros respecto de femicidio o feminicidio y nos muestra las graves violaciones de derechos humanos y de violencia de género existentes en el juzgamiento de los delitos que estaban analizando. Bajo esos parámetros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aproximadamente desde el año 2006, presenta lineamientos claros respecto de cuál es la valoración de la prueba en delitos que tienen que ver con género, hace lineamientos claros respectos al enfoque de género, busca la verdad procesal, hace hincapié en la debida diligencia de los Estados y hace referencia a cuáles son los parámetros de investigación o parámetros de juzgamiento con enfoque de género.

### 2. Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Para hablar sobre el femicidio en sí, tomo algunas palabras del doctor Ricardo Ravinovich, profesor del doctorado de la Universidad de Buenos Aires, que en su libro "Principios Generales del Derecho Latinoamericano", hace unas preguntas claras respecto a derechos humanos. Expresa: "Quien ejerce el poder legítimo, ¿puede con eso hacer a los demás lo que quiera, puede matarlos, violarlos o torturarlos, puede sacarles sus cosas o hay conductas que no deben hacerse aunque se tenga la fuerza para llevarlas a cabo? y, si existen esos límites, ¿quién los fija, de donde surgen?

Desde épocas muy remotas el ser humano se ha planteado estas interrogantes, sin embargo, se observa que hay gente que realmente sufre en manos de los poderosos. Es justamente estas palabras del doctor Ricardo Ravinovich, que desde los orígenes, los primeros códigos penales incluso permitían la muerte de las mujeres. Bajo estos parámetros, podemos leer incluso citas bíblicas en donde se hace referencia a muerte de mujeres, que en su momento eran consideradas como normales, sin embargo, la lucha ha hecho que estas perspectivas respecto del bien jurídico protegido de la vida de las mujeres, sea considerado igual al de los hombres, y se ha considerado importante dentro de todos los parámetros en general. No es que hay una diferencia respecto de que el bien jurídico de la vida de una mujer tenga más valor que el bien jurídico de la vida de un hombre, sino se hace referencia, dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la doctrina, que las muertes que se dan a mujeres son específicamente por su razón de género, que las muertes que se dan a mujeres son bajo parámetros de daño a su integridad, de tortura, masacre, de violencia sexual, de intimidación, de daño a su familia y demás.

Bajo estas circunstancias, el Estado se ha convertido en un Estado constitucional de derechos, titular de justicia, y ha tratado, a través de la legislación de varios países, de tutelar el bien jurídico protegido de la vida, no solamente a través de la tipificación del delito de asesinato como delito de homicidio, sino darle unos presupuestos específicos que hacen hincapié a la violencia de género. De esa forma, se ha tipificado en varias legislaciones latinoamericanas lo que es el delito de femicidio o, a su vez, agravando el delito de homicidio o el delito de asesinato, ello bajo las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en cumplimiento de varios convenios internacionales, entre ellos la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

Es imperioso recalcar que antes del año 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pese a tener en su conocimiento juicios que guardaban relación con violencia de mujeres, no se había pronunciado respecto de enfoques de género ni sobre violencia contra la mujer. Es específicamente a partir del año 2004, aproximadamente, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos empieza a delimitar el enfoque de género sobre las reparaciones integrales debidas por los Estados. Antes de ello, había tenido el caso Caballero Delgado y Satama vs Colombia, Loaiza Tamayo vs Perú y el caso de Maritza Urrutia vs Guatemala, sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aun no había dado lineamientos claros respecto de enfoque de género.

Es a partir del año 2009, en el caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala, de 19 de noviembre de 2004, que en realidad se delimita una introducción de enfoque de género respecto de la jurisprudencia de la corte, en la cual se pronuncia y hace hincapié de que el Estado tiene responsabilidad internacional por las violaciones de los derechos humanos de las víctimas, por cuanto no actuó con debida diligencia para garantizar los bienes jurídicos protegidos de las víctimas, que en este caso eran mujeres.

El 25 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta otra sentencia sobre el caso "Penal Miguel Castro Castro vs Perú", en donde afirma su competencia para aplicar e interpretar la Convención de Belém do Pará respecto de violencia de género y, hace hincapié, por primera vez, en la naturaleza del género en las violaciones denunciadas, afirmando que esa convención es un cuerpo jurídico internacional en materia de protección integral de derecho de mujeres.

Posterior a ello, encontramos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2009, desarrolla una jurisprudencia muy importante, que es el caso González (campo algodonero) y otras vs México, en el cual hace una definición específica de lo que es femicidio y feminicidio. Refiere al femicidio como homicidio de mujeres y al feminicidio como la responsabilidad estatal de los Estados respecto

de estas muertes dadas a mujeres, que no hayan sido investigadas de manera correcta o con debida diligencia. Es importante recalcar que en esta resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe un voto salvado de la jueza Cecilia Medina Quiroga, quien se aparta del voto de mayoría, puesto que hace una crítica respecto de la definición de tortura, ya que para ella los tratos dados a estas mujeres fueron torturas, tratos inhumanos, crueles y degradantes, infringidos única y exclusivamente por el hecho de ser mujeres.

Posteriormente, existen sentencias en las cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla mucho más la jurisprudencia respecto de enfoque de género, como el caso Fernández Ortega y otros vs México, que resalta la discriminación judicial frente a los actos de violencia contra las mujeres, que no constituye solamente una violación al derecho de las mujeres a la vida, sino también el derecho a la verdad procesal, a la justicia de las víctimas y que esta falta de debida diligencia ha creado es un mensaje de impunidad hacia la sociedad, que genera que casos y hechos como estos, cometidos en contra de mujeres, no puedan ser juzgados.

Más adelante, hace poco, en el año 2018, en el caso V.R.P., V.P.C. y otros vs Nicaragua, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que para el juzgamiento de conductas relacionadas con violencia de género, ya sean contra la integridad sexual o la vida, éstas deben ser investigadas bajo enfoque de género, el cual debe evitar la discriminación y la revictimización de las víctimas directas o secundarias, es decir, de la persona agredida o de sus familiares, y debe buscar la verdad procesal respecto de los hechos, a fin de que los familiares de las víctimas puedan conocer bajo qué circunstancias han perdido la vida sus hijas y cuáles fueron los detonantes que han provocado estas muertes, bajo que parámetros y si han sido víctimas o no de tortura.

# 3. Femicidio como máxima expresión de violencia de género

Es importante recalcar que la muerte a mujeres, en su momento, fue normalizada. "Pero cuando estaban disfrutando de todo, unos hombres corruptos de la ciudad rodearon la casa, golpearon la puerta y le gritaron al anciano dueño de la casa: 'Saca al hombre que ha entrado en tu casa, queremos acostarnos con él'. El dueño de la casa salió y les dijo: 'No, hermanos míos, yo les ruego que no le hagan daño a este hombre, es mi huésped, no cometan tal perversidad. Miren, tengo una

hija que es virgen y también está aquí su mujer. Ahora mismo les voy a sacar para que hagan con ella lo que les plazca, pero no cometan una infamia con este hombre'. Pero como aquellos hombres no le hicieron caso al anciano, el levita tomo a su mujer y la sacó y ellos la violaron durante toda la noche y hasta la mañana. Al rayar el alba, la dejaron en paz. Antes de amanecer, la mujer llegó hasta la puerta de la casa del anciano, donde estaba su marido, y ahí cayó muerta hasta que amaneció. Por la mañana, el levita se levantó y abrió las puertas dispuesto a seguir su camino, fue entonces cuando vio que su concubina estaba tendida en la entrada de la casa, con las manos sobre el umbral de la puerta. Entonces le dijo: 'levántate y vamos', pero como ella no respondió, el levita la levantó, la hechó sobre el asno y se fue a su tierra. Al legar a su casa, tomó un cuchillo y la descuartizó a su mujer en doce pedazos, y repartió los pedazos por todo Israel'', Jueces 19:29.

Observamos que la situación de violencia tiene lugar en un acto que a menudo es origen de un mismo sistema, que normaliza la violencia de género, una estructura sistémica que escapa de la visibilidad de la misma víctima, que provoca que las víctimas no tomen conciencia directa de la relación de dominación que están viviendo, estando influenciadas por un desarrollo somático y espiritual de otra persona, lo que provoca una falta de desarrollo de su potencial. Así se analiza en el libro de Chung Hang de topología de la violencia.

Bajo estos parámetros, quisiera hacer hincapié que muchas de las determinaciones que se realizan sobre violencia de género y que terminan en muerte, no se les da el contexto debido en algunas legislaciones como femicidio. En Ecuador hay una tipificación específica de lo que conocemos como femicidio, que hace, desde 2014, una determinación clara respecto de los presupuestos básicos del delito de femicidio, sin embargo, en doctrina, es menester aclarar, que existen algunas diferenciaciones sobre lo que se conoce como femicidio o feminicidio, respecto de lo que corresponde en el ámbito jurídico a la definición de femicidio. Esta definición se diferencia del homicidio, en que éste último refiere a la muerte de un hombre, y es por eso que en doctrina se ha hecho hincapié a que se debe hacer una definición específica de lo que corresponde al delito de femicidio.

Diana Russel y Harmes definen al femicidio como el asesinato de personas de sexo femenino, por personas de sexo masculino, debido a su condición de ser personas de sexo femenino, pero esta definición limita su descripción del sujeto activo de la infracción, cualificándolo como sujeto masculino, y al sujeto pasivo como un sujeto femenino por su condición de serlo, dejando de lado algunas suegras, que en

algunos culturas, también podrían cometer femicidio, pues por condición de género terminan matando a mujeres, a quienes consideran propiedad de sus esposos o de sus hijos.

Para Juliana Monjarez existen tres tipos diferentes de femicidio: a) el primero es el íntimo, cometido por familiares cercanos o por personas que tienen relación sentimental con las víctimas; b) el femicidio sexual organizado o desorganizado, cuando se trata de la muerte de mujeres que han sido secuestradas, violentadas, violadas y son asesinadas por su condición de ser mujer; y, c) femicidios por ocupaciones estigmatizadas, es decir, femicidios que ocurren bajo los parámetros de la ocupación en las que laboraban o por la labor que las mujeres estaban desempeñándose.

Caicedo y Sagot hablan del homicidio íntimo, no íntimo y por conexión. El homicidio íntimo se relaciona con familiares o de conocidos, el homicidio de relaciones conyugales, de relaciones maritales o de relaciones amorosas. El homicidio no íntimo se refiere al realizado por personas que no se conocen. En el homicidio por conexión el agresor no tiene relación con la víctima o a la víctima no se la quiera asesinar, sin embargo, la víctima estaba en ese momento que se comete el delito, pero no era en contra de ella, sino que era cometido en contra de otra mujer.

Ahora, la Declaración sobre el Femicidio del Comité de Expertos en Violencia del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Belém do Pará dice que el femicidio es la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que el mismo tenga lugar dentro de la familia doméstica o en cualquier otra relación interpersonal en la comunidad, por parte de cualquier persona o que sea perpetrada o tolerada por los Estados. La Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito también ha señalado el femicidio es la muerte violenta de mujeres por razones de género, aclarando que la expresión femicidio busca evidenciar que la mayoría de los asesinatos de mujeres, independientemente de su calificación jurídica, por parte de un conocido o no, posee un tratamiento común que está motivado por el odio, el desprecio o el sentimiento de propiedad respecto de una mujer.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado una diferenciación de lo que es el femicidio y el feminicidio. Cabe recalcar que esta diferenciación es jurídica, que pudo haber sido adoptada por varios Estados. En el caso ecuatoriano, en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, se ha tipificado lo que es femicidio. Se ha determinado al sujeto activo del delito como la persona que, como resultado de relaciones de poder manifiestas, en cualquier tipo de violencia,

de muerte a una mujer, por su condición de serlo o por su condición de género. Determina un sujeto activo del delito no calificado y califica un sujeto pasivo del delito.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado lineamientos claros respecto del femicidio y el feminicidio, determinando parámetros para la valoración de la prueba, en los casos de que los juzgadores conozcan de hechos en los que se de muerte a mujeres. Entonces, la corte ha determinado que la prueba no puede ser influenciada por patrones socioculturales o discriminatorios, que a su vez la valoración de la prueba no debe evidenciar afirmaciones o insinuaciones estereotipadas, que la conducta de la víctima es irrelevante para el juzgamiento (no se puede hacer hincapié durante el juicio a que la víctima tenía tal o cual conducta previo al cometimiento de la infracción), se debe analizar la prueba analizada en su contexto, sin que esta prueba pueda caer en discriminación contra la mujer y, con el fin de analizar la severidad del sufrimiento, se debe analizar por parte de los juzgadores de las circunstancias que se den para que ocurra tal o cual hecho y como se lleva a efecto la muerte de la mejer, para considerar si se ha cometido en contra de ellas tortura o no.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Veliz Franco vs Guatemala, hace hincapié a la tortura como acto de la muerte de un hombre, sin embargo, solo en la muerte de mujeres se revela que existe abuso sexual, como un medio de tortura o intimidación sexual. Como se observa, la violencia de género es una violencia que va en ascenso. Inicia con violencia verbal, se transforma en violencia física y puede llegar a la muerte de la víctima. Esta violencia es sistemática, es silenciosa y es una violencia en la cual la víctima no se da cuenta que está viviendo un verdadero peligro y que puede provocar esta actitud por parte de la persona que está a su alrededor, en el caso de homicidio o femicidio íntimo, y con ello el sufrimiento de la familia.

Es importante que los juzgadores y operadores de justicia tengan los lineamientos claros para tener la primera acogida de las víctimas. Es importante la implementación de las medidas cautelares. Es importante la implementación de las medidas de protección administrativas y judiciales. Es importante también que se haga socialmente una conciencia respecto de que esta violencia es una violencia silenciosa, pero que es una violencia continua que sufren muchas mujeres y que provoca la muerte. Esta violencia no solo provoca su muerte como tal, sino que es una grave violación de los derechos humanos y es la máxima expresión de violencia de género.

Para concluir, es importante que se deje claro que todos los ciudadanos tenemos derechos, a la vida, integridad, salud y demás, sin embargo, por cuestiones de género, algunas mujeres están sufriendo alguna violencia grave que está provocando la violación de derechos humanos. Me voy a remitir a una cita de una filósofa muy conocida, Hannah Arendt, quien refiere: "El derecho a tener derechos o el derecho de cada individuo de pertenecer a la humanidad, debería ser garantizado por la misma humanidad". Es la humanidad la que tiene que tutelar los derechos de las mujeres, tiene que tutelar los derechos de la humanidad, en general, y darle la importancia necesaria, para que la violación de derechos humanos, las graves expresiones de violencia de género y, en este caso, la máxima expresión de violencia de género contra la mujer, lo que es el femicidio, sea erradicado.

## Evolución de la aplicación jurídica de los derechos de la mujer en el ámbito público\*

Dra. Hipatia Ortiz Vargas

Conjueza de la Sala Especializada de lo

Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia

hipatia.ortiz@cortenacional.gob.ec

<sup>\*</sup> Ponencia impartida en el seminario virtual "Ciclo de conferencias en la semana de la Mujer", organizado por la Corte Nacional de Justicia, la cual tuvo lugar los días 09, 10 y 11 de marzo de 2021.

Ubi societas, ibi ius; = Donde hay sociedad, hay Derecho

#### 1. Introducción

Para abordar este tema, primero es necesario ponerlo en contexto, entender cuál es la problemática que enfrentamos las mujeres, por la invisibilización de la que hemos sido objeto durante siglos de historia de la humanidad y, asimismo, conocer cuáles son los resultados o las soluciones que desde el derecho se ha dado a esta problemática y, a partir de entonces, entender cuáles son las formas que desde el ámbito del sector público se está aplicando para evitar la vulneración de los derechos de la mujer.

Hemos escuchado regularmente las palabras "Sociedad" y "Derecho", es por ello que es importante involucrar estos términos y para ello me he basado en una máxima de latín que dice: "Ubi societas, ibi ius", cuya traducción al español es "Donde hay sociedad, hay Derecho. Lo que implica que hablar de Derecho es hablar de sociedad y hablar de sociedad significa referirse al conglomerado de personas que se asocian voluntariamente con el fin de obtener beneficios comunes y objetivos para su bienestar colectivo. Si es así, podemos decir que el precepto de sociedad no tiene ninguna carga ni connotación separatista ni excluyente de ninguna naturaleza, peor a nivel de género, pues estamos hablando de todas las personas integrantes de ese conglomerado entendido como sociedad.

# 2. ¿De dónde surge el problema de la discriminación?

En la realidad el postulado social en mención ha quedado como una entelequia, porque históricamente vamos a ver que la mujer ha sido excluida de la participación de esa sociedad. ¿Cómo ocurre esto? Desde el momento en que se constituye

el pacto social para organizar la sociedad y el Estado como tal, ya que, desde la configuración de reglas y regulaciones para el orden y la seguridad de aquel grupo humano, se empieza a construir un sistema jurídico desde la perspectiva de sus organizadores y de sus participantes, exclusivamente desde la visión del género masculino, constituyendo una sociedad androcentrista, en cuya pirámide social se encuentra el hombre.

Es ahí, entonces, donde se excluye a la mujer por ser diferente, marginando su participación como actora de esa conformación en la estructura social, del orden político, económico, cultural, etc. Bien, en este estado de cosas, ha venido desarrollándose la sociedad, en ese entendimiento, con la participación y visión exclusivamente del hombre como sujeto de todos los derechos, en menoscabo de los de las mujeres, quienes inclusive han sido objeto de violencia, sin ninguna consideración a cualquier dignidad humana que le corresponde.

Sin embargo, la mujer empieza a tomar conciencia de su dignidad humana, de su calidad de persona y comienza una cruzada desde el siglo XVIII para provocar el reconocimiento de los derechos conferidos al ciudadano hombre, y con este propósito ha transitado un largo camino para que con el mismo instrumento racional, el Derecho, se establezca la equidad de género en su máxima expresión, en la esfera pública (de orden político, social, económico y cultural) y permita el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

### 3. Hito para el cambio

En este orden de ideas, es obligado mencionar que la Declaración de los Derechos Humanos por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1945, marca un hito en la visibilización de la mujer como sujeto de derechos.

Es la primera vez, vuelvo a insistir, que se reconoce la integración de la mujer a la sociedad desde el orden jurídico y, luego, ha venido en ese camino, con otros avances históricos, logrados desde la imagen internacional, sensibilizando a los Estados que forman parte de la Organización de Naciones Unidas, llegando posteriormente a celebrar su Asamblea General.

#### 4. Avances internacionales

Décadas después, se celebró el 16 de diciembre de 1966 el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, en cuyo artículo 3 se establece que: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.".

El reconocimiento de igualdad de derechos en los ámbitos civil como político para la mujer, supera la otrora condición de sujeto sometido para ejercer sus actividades en la esfera civil, a la autorización del hombre, ya sea como padre, esposo o hijo; y en el ámbito público, la nula participación.

La persistencia en el reconocimiento desde lo internacional de los derechos de la mujer, permitió que el 18 de diciembre 1979, la misma Asamblea General de la ONU suscriba y ratifique la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la cual fue suscrita por el Ecuador el 17 de julio de 1980 y está en vigencia desde 1981. En esta Convención hay que destacar el compromiso de los Estados, que quedan obligados a establecer medidas adecuadas en sus constituciones y legislaciones internas para el cumplimiento del principio de igualdad del hombre y de la mujer y la prohibición de toda discriminación en cualquier orden: laboral, educativo, económico y político; así como garantizar a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el ejercicio de los derechos políticos, de las funciones públicas en todos los planos gubernamentales, y la protección de los despidos por razones de maternidad

Además, es destacable esta Convención, porque avanza hacia el cumplimiento de los compromisos, al crear el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, conocido por sus siglas en inglés CEDAW, integrado por expertos independientes designados por los Estados, para una vigilancia del seguimiento de los instrumentos jurídicos y políticas públicas y todas las medidas que el Estado pueda adoptar para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

#### 5. Resultado nacional

Como resultado de este proceso histórico universal, que ha comprometido a los Estados a hacer efectivo el principio de igualdad de la mujer y prohibir toda forma de discriminación, inclusive con sanciones, estableciendo estos principios en las constituciones y la legislación, estos instrumentos internacionales permitieron interiorizar y sensibilizar a la comunidad nacional sobre los derechos de la mujer y es así que la Constitución de la República del Ecuador de 2008 incorpora los principios nombrados.

Antes de enfocar los derechos, quisiera destacar que la Constitución de la República del Ecuador de 2008, desde el aspecto formal, tiene un acercamiento a un tratamiento diferente de una norma jurídica, porque tiene un lenguaje inclusivo, ya no se menciona exclusivamente vocablos referidos al género masculino, sino que hay un desdoblamiento en el uso del lenguaje, cuando considera necesario tratar la situación de género y, nombrar en ese caso, a hombres y mujeres. Asimismo, evita cualquier referencia sólo a vocablos de género masculino, también vemos el uso de epiceno, que es un vocablo que, según el diccionario de la Real Academia, involucra a los dos géneros, así cuando decimos "ciudadanía", nos referimos tanto a hombres como a mujeres, así como cuando decimos "personal", que es de género femenino, pero estamos refiriéndonos tanto a mujeres y hombres que laboran en una institución.

Luego, ya en el contenido mismo, vemos que, en carta constitutiva, la sociedad declara que el Ecuador es un Estado constitucional de justicia y derechos, obligado a garantizar los derechos de todos sus habitantes, por ende, los derechos de las mujeres. Generamos una Constitución que no hace ninguna distinción entre hombre y mujer, sino únicamente cuando se encuentra en situación de desigualdad, para precisamente reparar aquélla y establecer situaciones afirmativas que permitan mantener el equilibrio entre los derechos del hombre y la mujer. Así, vemos que el artículo 11 numeral 2 establece la obligación, sobre todo del sector público de aplicar las disposiciones que más favorezca el ejercicio efectivo de los derechos, en el caso que nos ocupa, del derecho de la mujer.

A través de toda la estructura de la Constitución, se reconocen los derechos de la mujer, desde el ámbito laboral, educativo, público, etc., a través de la participación de los derechos políticos y en todo orden de la vida cronológica de la mujer, que va desde la niñez, juventud hasta la tercera edad o edad dorada. Es por eso que la Norma Suprema desarrolla la protección del Estado a la mujer desde el principio de no discriminación, en todos los órdenes, respecto del principio que establece la Convención sobre la Eliminación de Toda las Formas de Discriminación contra la Mujer.

# 6. Aplicación jurídica de los derechos de la mujer en el sector público

Pasando al desarrollo de la normativa nacional, la Constitución de la República del Ecuador, cuerpo legal progresista, permite el eficaz ejercicio de los derechos de la mujer, a través de las garantías que prevé, como son las garantías normativas, las políticas públicas y las garantías jurisdiccionales, estas se encuentran repartidas a partir de las obligaciones que debe cumplir el Estado.

En este punto es necesario mencionar que el Estado entendido como la organización política social en un determinado territorio para la consecución de fines comunes, que cuenta con una autoridad y un ordenamiento, es desarrollado en el artículo 225 de la Constitución, cuando establece cinco funciones, que corresponde a:

La Función Ejecutiva, a los gobiernos autónomos descentralizados, a otras entidades públicas creadas por ley, y que este poder del Estado es la que debe cumplir las políticas públicas. Las políticas públicas son los proyectos, planes y programas que la Función Ejecutiva establece para el ejercicio y la satisfacción del bienestar de sus ciudadanos y, en ese entorno, debe considerar el principio de equidad de género.

Luego tenemos la Función Legislativa, encargada de la elaboración de proyectos, presentación y la aprobación de normas, actividad en la cual es transversal el principio de no discriminación y el principio de igualdad de género.

La Función Judicial, que a través de la administración de justicia debe cumplir precisamente los principios y postulados de la Constitución, para garantizar el efectivo goce de los derechos de la mujer.

Pasamos al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, encargado de la promoción de los derechos de participación política y control social en asuntos de interés público y designación de autoridades que dispone la propia Constitución y la Ley; y,

La Función Electoral es la encargada de garantizar los derechos políticos. En este campo, veremos cómo se han ido desarrollando acciones afirmativas en beneficio de la participación de la mujer en el ámbito político, que por años ha estado excluida y ha quedado rezagada.

Los derechos y normativa existen en todos los ámbitos para la protección de la mujer, sin embargo, requiere mecanismos específicos para ejecutar esos derechos y para que sea una realidad el goce y ejercicio de los mismos. Así, el sector público debe aplicar la norma que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos, en este caso el de la mujer. Un ejemplo, de participación política de las mujeres para cargos de elección popular, se tiene con la reforma al Código de la Democracia, vemos que es obligatorio que, en caso del binomio presidencial, la papeleta debe estar integrado por personas de distinto género, como cuando se postulen para presidente y vicepresidente.

Otro deber que el sector público debe cumplir para aplicar el principio de no discriminación es emplear el informe de equidad de género, que no sólo permite la adopción de cualquier decisión, para realmente establecer la paridad de género en cualquier proyecto, decisión o normativa. Este es un informe que debe contener el análisis de la situación actual de la mujer, de los efectos que tendría con la aplicación de la nueva ley, nueva disposición o el nuevo programa, porque lo que se busca es específicamente la igualdad de género y las acciones afirmativas que permitan eliminar situaciones de desigualdad.

Entonces, vemos que, a nivel de la preparación de proyectos de ley, se debe contar con el informe de equidad, como ejemplo, tenemos el proyecto de Ley de Economía Violeta, en el cual evidentemente se ha hecho un análisis de la situación económica en estos momentos de pandemia, y debe considerarse la afectación a la mujer, en edad reproductiva y laboral. Por lo tanto, la Función Ejecutiva, a través de la Presidencia de la República, y el Legislativo, requieren de este informe de equidad para que el proyecto de ley, efectivamente tenga resultados en beneficio de la mujer.

La Constitución de la República prevé medidas de acción afirmativa para promover la igualdad real, por encontrarse la mujer en una situación desigual. Estas medidas de acción afirmativa son realizadas en todo el sector público, constituyendo un eje transversal, excepto en la Función Judicial, y en la parte jurisdiccional, a nivel de la justicia ordinaria, pues a la justicia le corresponde aplicar la normativa y hacer el control de legalidad, mas no establecer medidas afirmativas, sino verificar el cumplimiento de dichas medidas, dictadas por las otras funciones del Estado. Aquí hago énfasis, excluyendo a la Corte Constitucional, ya que no solo le compete el control sino establecer medidas afirmativas cuando conoce de acciones constitucionales por vulneración del derecho de igualdad de género.

Podemos volver a verificar que en el Código de la Democracia y Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el artículo 317, se prevé que las principales autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados municipales se integran con paridad de género, de forma que si el alcalde es hombre, la segunda autoridad, la vicealcaldesa tendría que ser mujer o, al contrario, si fuera mujer la alcaldesa, tendría que ser el vicealcalde hombre. Debemos referirnos a un caso muy particular, que es el del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, que se rige por su Ley del Distrito, en la que se establece dos vicealcaldías. Este caso fue llevado a la justicia constitucional, porque el Municipio de Quito, al tener un alcalde y elegir a los dos vicealcaldes, determinó que el primer vicealcalde es hombre y la segunda vicealcaldía le correspondía a una mujer. Los concejales consideraron que se estaba vulnerando el derecho a la equidad de género e interpusieron una acción de protección, cuyo resultado final, en la apelación, determinó que la aspiración de la igualdad de género, en este caso, no procedía, por cuanto la ley que establece la paridad de género es posterior al desarrollo de los escrutinios, a las elecciones del alcalde, y debería aplicarse desde las próximas elecciones. De tal manera, se mantuvo al alcalde, vicealcalde y, como tercera autoridad, a una mujer. Sin embargo, a la luz del principio constitucional de la aplicación de la norma que más favorezca a los derechos y el principio de progresividad de los derechos de la mujer, queda el cuestionamiento de si efectivamente se pudo establecer un reconocimiento de ese principio o derecho a la paridad de género en el Municipio de Quito.

La Corte Constitucional, como máximo órgano de interpretación y justicia constitucional, tiene su competencia para ejercer el control concreto de los actos administrativos y normativos del Estado y de las decisiones judiciales, en el ámbito de la justicia constitucional y de la justicia ordinaria, a través de la acción extraordinaria de protección. La Corte Constitucional ha establecido un precedente jurisprudencial, a través de la sentencia No. 3-19-IP-20, en el que se refiere exclusivamente a los parámetros que deben aplicar las entidades públicas y la justicia en los casos de vulneración de los derechos laborales de mujeres embarazadas y en periodo de lactancia. Este caso tiene todos los elementos para que se prevea la efectiva garantía de los derechos de la mujer; en la sentencia observamos que la Corte Constitucional, considera la situación de mujeres trabajadoras en el sector público, y las decisiones unilaterales de las entidades públicas mediante las cuales conculcan los derechos laborales de las mujeres en estado de gestación y en período de lactancia, independientemente de la modalidad de trabajo, ya sea a contrato de servicios ocasionales o nombramiento provisional y las mujeres que han tenido la designación de libre nombramiento y remoción por ser personas de confianza de la autoridad.

Apreciamos que la Corte Constitucional aplica y analiza exclusivamente los derechos que están en juego respecto de la mujer embarazada y en periodo de lactancia, vemos que extiende la protección del derecho al cuidado de la mujer y del niño o niña, porque en ese momento se activan otros derechos, los del cuidado de personas vulnerables como el del infante, consagrados en la Constitución, y para llegar a este precedente, es evidente que contó con un informe de equidad de género, determinado la prohibición de terminación de la relación laboral en cualquiera de esas modalidades de contratación, ya sea por contrato ocasional, nombramiento provisional o libre remoción, cuando la mujer esté en periodo de lactancia, es decir, que no se dará por concluida su relación sino cuando concluya el periodo de lactancia, independientemente del año fiscal al que corresponda el plazo del contrato o del nombramiento provisional.

Recordemos que el contrato ocasional está vinculado exclusivamente a una necesidad temporal y al ejercicio fiscal del año en que se incorpora, ya que exclusivamente es por un año. Por su parte, el nombramiento provisional depende de las causas establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Público, que ameriten dicha designación, ya sea por la cesación o destitución del servidor público, en cuyo caso el nombramiento es provisional, lo mismo por licencia con remuneración, por comisión de servicios o alguna vacante que esté en trámite el concurso de méritos y oposición. Entonces, la relación laboral con una mujer que se encuentre en periodo de lactancia, no puede ser suspendida su sino hasta que se cumpla ese periodo, independientemente de si pasamos a otro período fiscal. Es una garantía que la Corte Constitucional considera que protege las obligaciones de cuidado.

El máximo órgano de administración de justicia y control constitucional, también extiende el periodo de licencia por maternidad a 14 semanas, período superior a las 12 semanas que prescribe la Ley Orgánica del Servicio Público, con lo cual se ciñe a los parámetros de instrumentos internacionales en aplicación del principio de progresividad del derecho. Vemos también que esta sentencia es aplicable a futuro, excepto los casos que se encuentren en conocimiento de la Corte Constitucional.

Para desalentar las prácticas de las instituciones públicas, referidas a la desvinculación laboral de la mujer por causa del embarazo o por el periodo de lactancia de una mujer, mientras se activan esos derechos a través de garantías constitucionales, la Corte Constitucional ha establecido una compensación económica, es decir, que el Estado tiene la corresponsabilidad de cancelar la remuneración equivalente a un mes por todo el período de embarazo y por la lactancia. En definitiva, en esta sentencia constitucional se dispone, además, que el Defensor del Pueblo preparé un proyecto de ley en seis meses con los parámetros que adopta para la protección de la servidora pública embarazada o en período de lactancia. Igualmente, dispone a la Función Ejecutiva, a través de sus Ministerios de Salud, y de Inclusión Social, y a los Consejos Nacionales de Igualdad, preparen políticas públicas, conforme los estándares mencionados, especialmente respecto del derecho al cuidado del infante, y establezca medidas adecuadas para el periodo de lactancia en las instituciones públicas, con la instalación de lactarios.

Con esta sentencia constitucional se repara la terminación de la relación labora en todos los casos de contratos ocasionales, nombramiento provisional y de libre nombramiento y remoción, especificando en este último caso, que por tratarse de una relación de confianza, cuando se cambie de autoridad o ingrese una nueva y la persona que estuvo ejerciendo el cargo se encuentre embarazada o en periodo de lactancia, la nueva autoridad deberá consultar a la funcionaria, previniéndole con anticipación de 30 días la posibilidad de quedarse o, en su caso, de no contar con sus servicios, evento en el que deberá necesariamente establecer la compensación.

De tal manera, la Corte Constitucional ha hecho un estudio integral de todas las posibles vulneraciones del derecho al trabajo de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, y ha reparado tales transgresiones, con una protección especial a los períodos de embarazo y de lactancia, por medio del derecho al cuidado, sentencia constitucional que constituye un avance efectivamente en el reconocimiento de los derechos de la mujer en estado de gestación, y posparto.

#### 7. Conclusiones

Vemos que, a lo largo de la historia, el activismo político, el activismo femenino y los instrumentos internacionales han permitido que el Ecuador cuente con la normativa jurídica desde una perspectiva de equidad de género y sanciona la prohibición de cualquier forma de discriminación, en especial por la maternidad.

Asimismo, la aplicación de los instrumentos internacionales que más favorezcan los derechos humanos y el principio de progresividad de los derechos permite la permanente el desarrollo de los derechos con perspectiva de género, la materialización de los derechos de la mujer es una tarea inacabada.

Ahora bien, nos queda como desafío el superar el objetivo de la homologación con los derechos del hombre, desarrollando nuevas expresiones culturales y conductas sociales que promuevan la relación pacífica de quienes integran la sociedad.

#### 8. Recomendaciones

Es necesario que en el día a día se mantenga la perspectiva de una sociedad que respete los derechos de sus integrantes y que estén protegidos, sin discriminación por género, es por ello, que todas las personas podemos hacer el aporte constante para eliminar estereotipos culturales, empezando por el lenguaje, por ejemplo, podemos tener un lenguaje diario más inclusivo desde la forma oral o escrita, ya sea con el desdoblamiento o, a su vez, evitando el uso de vocablos que se refieran exclusivamente al género masculino.

Como ha quedado evidenciado, la igualdad formal y material de los derechos de la mujer es una aspiración inacabada, que debemos construir toda la ciudadanía, destacando los logros de los organismos internacionales, que en este campo realizan un trabajo permanente, a través de convenciones, o acuerdos que se sustentan en reuniones y cumbres para tratar este tema, siendo el evento próximo el Foro Virtual Generación de Igualdad de la Organización de Naciones Unidas programado del 28 de marzo a junio de 2020, que empezará en México y concluirá en París.

No me queda más que decir que la máxima "Ubi societas, ibi ius" sólo se puede lograr con la participación de todos los integrantes de la sociedad, sin discriminación de ninguna clase y menos de género.

# Igualdad de derechos y deberes entre cónyuges y convivientes: Un enfoque en la administración de la sociedad de bienes\*

Dr. Wilman Terán Carrillo

Juez de las salas especializadas de lo Civil y Mercantil y Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia

wilman.teran@cortenacional.gob.ec

<sup>\*</sup> Ponencia impartida en el seminario virtual "Ciclo de conferencias en la semana de la Mujer", organizado por la Corte Nacional de Justicia, la cual tuvo lugar los días 09, 10 y 11 de marzo de 2021.

"El amor es ciego pero el matrimonio es la revelación". A partir de esta frase se plantea una pregunta: ¿por qué la gente decide contraer matrimonio?, ¿será un factor de amor, será interés, que es lo que busca con contraer matrimonio?, ¿será consciente de todas las consecuencias que acarrea o de manera simple lo hará por una guía intuitiva inundada por el corazón y lejos de la razón?

En primer lugar, nos remitimos a la normativa sobre el matrimonio. En el artículo 81 del Código Civil se dice que es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente. Segunda cuestión y tal vez la más relevante, es que el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de nacionalidad, raza o religión a casarse y fundar una familia y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el mismo y en caso de su disolución. Esto lo hacen mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos.

La familia se cataloga como el elemento fundamental de la sociedad y tiene por ende el derecho máximo de protección de la sociedad y del Estado. Este derecho a contraer matrimonio es igual tanto para cualquiera de los contrayentes, incluso en el caso de matrimonio igualitario (matrimonio de personas del mismo sexo). Pese a ello tenemos que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su artículo 16, con énfasis en esa igualdad, asegura que la mujer tenga el mismo derecho que el hombre para contraer matrimonio, implicando una justa igualdad de derechos.

¿Porque se dice que el amor es ciego o intuitivo? Porque posiblemente en el noviazgo no se está al 100% de nivel de conciencia de lo que implica conformar una comunidad de vida, por ello el matrimonio es la revelación de quien es la persona con la que se integra esta comunidad de vida, de compartir y las consecuencias que

derivan de ese contrato solemne. El matrimonio de manera lógica genera un vínculo entre quienes lo celebran, involucrando a dos personas que se vinculan con la finalidad de crear una comunidad de vida. Si recordamos lo que dice el artículo 81 del Código Civil, es que el fin es vivir juntos y cuidarse mutuamente.

Si hacemos un repaso de la historia, de los motivos por los cuales ha surgido el matrimonio, desde el contexto jurídico, se tiene que en un principio tuvo como intención legalizar la relación de tipo sexual, para mantener la preservación de la especie. Fue más adelante, con el desarrollo de la sociedad, que se aprecia que el matrimonio es una forma de generar un régimen patrimonial, de tal manera, que los vínculos que se generan tengan el origen justo en ese contrato denominado matrimonio. Luego, con el desarrollo social, vienen cuestiones sentimentales de vida y de amor, para compartir y crear este vínculo y comunidad de vida, implicando en el presente que dos personas se unen para hacer lo que esté a su alcance para que este vínculo subsista, sin importar todas las vicisitudes que se presenten a lo largo del matrimonio y por medio de la libre voluntad de los dos cónyuges puedan continuar en el camino de esta comunidad de vida.

Esta comunidad de vida implica que los dos contrayentes tienen igualdad de derechos y libertad del ejercicio de tales derechos. Van de la mano la igualdad y la libertad, y no puede hacer falta el intermedio de la solidaridad entre esos derechos. Al tener los mismos derechos y posibilidades, poseen la misma capacidad de ser partícipes en cada decisión, de adquirir bienes, de procrear, de habitar en un lugar. Estos acuerdos permiten construir los caminos y fortalecer este vínculo como iguales.

Cuando se revisa la Convención Internacional contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, se tiene que en el artículo 15 se establece que los Estados reconocen a la mujer idéntica capacidad a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, se reconoce a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes, un trato igual en todas las etapas de los procedimientos ante las cortes de justicia y los tribunales, es decir, que esta igualdad no es efímera, es una igualdad real, integra un corpus iuris referente de derechos humanos a nivel interno e internacional. Esta igualdad por tanto tiene un carácter de indiscutible.

En esta virtud, surgen, al formarse este contrato denominado matrimonio, una serie de deberes, derechos y obligaciones. Deberes son situaciones que surgen a partir de esta comunidad de bienes, de este vínculo que se genera entre los cónyuges. De ahí la pregunta inicial: ¿por qué la gente contrae matrimonio? Es por cuanto se quiere, de manera libre y voluntaria, en ejercicio de esa libertad humana, generar esta comunidad de vida, entablar ese vínculo con la pareja, por cuanto la intención es vivir juntos, tomar decisiones en conjunto y a partir de ello crear un mundo mutuo de la pareja contrayente.

¿Qué deberes existen entre los cónyuges y cuáles son las consecuencias de cada uno de ellos? En primer lugar, los deberes son el sustento de todo este vínculo. El primer deber es el de débito carnal, interesante desde el enfoque doctrinario, ya que el matrimonio suele ser visto como la legalización de la relación sexual entre dos personas. Esto implica la facultad o posibilidad de tener relaciones sexuales con el cónyuge y en teoría una contraprestación del otro cónyuge de mantener relaciones sexuales. Es un deber extrapatrimonial, que jurídicamente implica que no puede ser ejercido de manera coercitiva, es decir, no puede recurrirse ante un juez para solicitarle que obligue al cónyuge a que cumpla el débito carnal. Lo contrario sería atentatorio contra los derechos.

Derivado del débito carnal surge el deber de fidelidad de los cónyuges, es decir, la exclusividad en cuanto a la relación, punto del que se deriva la presunción de filiación. Conforme a la ley, desde este ápice, se presumen y se reputan hijos nacidos durante el matrimonio como de ambos cónyuges, lo que es irrefutable, a menos que haya una causa de oposición legal. Al tener este deber, jurídicamente no se puede pedir al juez que el cónyuge le sea fiel, pues es un deber que surge de la libre voluntad y motivación de cada cónyuge. Es una de las bases sobre las cuales se sustenta el matrimonio, caso contrario, la esencia del matrimonio se disolvería, pues la intención es crear una comunidad de vida.

De aquí se deriva otro deber, el de cohabitación, lo cual implica un domicilio conyugal, donde los cónyuges tienen las mismas consideraciones y posibilidades en la toma de decisiones. Esta cohabitación no implica cualquier lugar donde puedan pernoctar los cónyuges, se refiere al lugar donde se radica el domicilio conyugal, así, al tener el domicilio conyugal tienen la cobertura de decisiones, en igualdad de condiciones, de decidir y de fomentar, lo que, según sus capacidades, sea lo más pertinente para el desarrollo de su familia.

Otra de las cuestiones es que dentro de este domicilio conyugal debe haber un poder de decisión sobre los enseres del hogar. A un cónyuge tampoco se le puede demandar ante un juez para que cohabite con el otro cónyuge, porque se funda en

la voluntad de ambos cónyuges de crear una voluntad de vida, lo cual no puede ser coaccionado judicialmente, ya que el matrimonio se funda, de manera inexorable, en la libre voluntad de cada una de las partes. La cohabitación fortalece a su vez los lazos de solidaridad y ayuda, que distingue sobre todo a la familia, que es de donde vierte el deber de asistencia, es decir, que ambos cónyuges tienen el deber de apoyarse entre sí.

Ningún deber puede ser exigido de manera coactiva, porque se fundamenta en la esencia del matrimonio, en la libre manifestación de la voluntad, la cual, de estar coaccionada o limitada, sería una violación a una obligación internacional, como la estatuida en el artículo 16, número 1, letra b) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo texto rememora lo siguiente: el mismo derecho, refiriéndose a las mujeres, para elegir libremente al cónyuge y contraer matrimonio, solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento. La mujer así también tiene los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de la disolución del mismo. La mujer también tiene los mismos derechos y responsabilidades como progenitora, cualquiera que sea el estado civil con relación a los hijos, y los mismos derechos a decidir libre y voluntariamente sobre su número y la temporalidad entre el nacimiento de uno y otro. Esto implica que es una cuestión que, más allá de estar en las normas, tiene que entrañar a las conciencias de cada ciudadano y ciudadana.

Cuando las personas quieren estar juntas, estos deberes son las consecuencias, de entablar la comunidad de vida por medio del matrimonio, es decir, es producto de ese libre querer. Si en un momento dado, alguno de estos deberes carece de voluntad de cumplimiento, debe haber diálogo, en virtud del deber de asistencia, para llegar a un acuerdo que sostenga o disuelva el matrimonio.

Pasemos a las obligaciones. En estricto sentido, el incumplimiento de uno de los deberes no genera el poder coactivo jurisdiccional que obligue al cónyuge a cumplir. En el ámbito de las obligaciones, en cambio, sí se puede exigir su cumplimiento de manera coactiva, pues la exigencia de una obligación implica una contraprestación y su incumplimiento genera consecuencias jurídicas. Entre cónyuges existen obligaciones, nacen producto de ese vínculo (contrato matrimonial), que se deriva de esta comunidad de vida. Entonces, al haber obligaciones, implica que hay alguien obligado a dar y una contraprestación por ello, por lo que se tendrá a uno de los cónyuges como acreedor y al otro como deudor.

Bajo esta premisa es que coactivamente se puede solicitar su cumplimiento ante la autoridad judicial. Aquí tenemos, por ejemplo, entre otras obligaciones, la de prestar alimentos. Esta obligación se deriva del deber de asistencia, pues en muchos casos uno de los cónyuges es quien trabaja y el otro no lo hace, por distintos motivos, pero de lo cual surge la obligación alimentaria, en virtud de las aportaciones que cada cónyuge realiza para satisfacer las necesidades básicas de la familiar, donde están incluidas las necesidades básicas del otro cónyuge, de aquel cónyuge que probablemente no ha tenido la posibilidad de trabajar o no tiene la capacidad para aportar económicamente, porque sus actividades radican dentro del ámbito del hogar.

Si bien es cierto, esta obligación alimentaria es recíproca, si uno de los cónyuges no puede aportar, el otro hará la aportación completa. Esto quiere decir que quien trae el sustento económico al hogar es el que se encuentra obligado a satisfacer la obligación alimenticia, bajo la contraprestación de la asistencia mutua que tiene como deber el otro cónyuge. La obligación de prestar alimentos incluye la salud, educación, vivienda, vestimenta. La contribución económica incluye las aportaciones de mantención del lugar en el que se vive y todo lo necesario para mantener el techo donde se fundamenta la comunidad de vida.

También existen obligaciones de carácter social, que surgen del deber se asistencia mutua. Así pues, en la Ley de Seguridad Social, el artículo 102, segundo y tercer inciso, establece que el afiliado, cónyuge o conviviente con derecho, sus hijos menores hasta los 18 años de edad, los dependientes menores y hasta los 18 años, declarados por autoridad competente, en los casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor, así como el jubilado, serán beneficiarios de las acciones integrales de fomento y promoción de salud, prevención, diagnóstico, tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual. El siguiente inciso dice: "Las beneficiarias del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio".

Esto quiere decir que también existe una obligación del cónyuge afiliado a su cónyuge no trabajador. El trámite está orientado a brindar el acceso a la cobertura de salud en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social al cónyuge o conviviente del asegurado, pagando un valor adicional correspondiente al 3.41%, para que esta cobertura llegue incluso al cónyuge en igualdad de condiciones, lo cual está dirigido casi siempre al caso de la mujer. No hay que olvidar la unión de hecho, que tiene las mismas características que el matrimonio, donde también se legaliza una comunidad de vida.

Estas tres obligaciones genéricas se derivan de los deberes genéricos reseñados. Estos deberes y obligaciones fundamentan un pilar de derechos. Los derechos de ambos cónyuges son iguales, ambos tienen los mismos derechos, surgen del vínculo matrimonial, pero no se exigen de manera coactiva, surgen para fortalecer el vínculo matrimonial, dejando al arbitrio de cada cónyuge ejercerlos o no.

Entre otros derechos, tenemos el de establecer regímenes patrimoniales. Recuérdese que por el hecho de contraer matrimonio se configura una sociedad conyugal, donde todos los bienes son de ambos cónyuges. También tienen derecho a realizar la separación de bienes, ya sea al momento o durante el matrimonio. También pueden existir capitulaciones matrimoniales, que se configuran al momento de la suscripción del acta matrimonial. En el acta matrimonial se trata también de la administración de la sociedad conyugal, a cargo del cónyuge masculino de forma predeterminada, pero en el presente eso resulta anacrónico, pues la administración de la sociedad conyugal puede ser ejercida indistintamente por cualquiera de los cónyuges, porque tienen igualdad de derechos.

El derecho de participar en la sociedad conyugal significa que los gananciales que generen los bienes de la sociedad conyugal tienen que distribuirse de forma equitativa. Este derecho de participar en la sociedad conyugal también entraña la obligación de mantener los bienes de la sociedad conyugal, lo que está vinculado con el deber de asistencia.

Otro derecho es el de tutela legítima. Cuando uno de los dos cónyuges sufre un estado de incapacidad o interdicción, tiene derecho de que el otro cónyuge lo represente legalmente, por el mismo de asistencia mutua. También existe el derecho de sucesión legítima, cuando el cónyuge causante deja al cónyuge superstite y, en caso de una sucesión testamentaria, debe dejarse la cuarta parte para el cónyuge sobreviviente. Tenemos el derecho de libre procreación, un derecho para tener, en igualdad de condiciones, el poder decidir y la facultad de expresar cuando procrear y bajo que tiempo hacerlo, la forma de procrear (medios naturales, inseminación artificial) o sobre la adopción. Hay también un derecho de nacionalidad, ya que por el hecho de contraer matrimonio el cónyuge tiene derecho de adquirir la nacionalidad ecuatoriana.

La administración de justicia, en toda su operación, no puede llegar a desconocer los derechos de los cónyuges. Hay cierta clase de acciones que requiere la comparecencia de esta comunidad de vida, así, por ejemplo, al demandarse una prescripción adquisitiva de dominio, no puede hacérselo solo a uno de los cónyuges, sino a ambos; en una acción reivindicatoria sucede lo mismo. Esto denota la igualdad de derechos y obligaciones que tienen ambos cónyuges. La Constitución de la República ha elevado a la jerarquía de derecho fundamental al matrimonio y lo ha especificado diciendo que es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes. Este libre consentimiento es el que fundamenta los deberes expresados, el deber de asistencia mutua, el deber de débito carnal, el deber de cohabitar, y también es el fundamento de las obligaciones, como lo son la obligación alimentaria, de asistencia, prestaciones sociales y las diferentes que se establezcan.

Agrega la Constitución que en el matrimonio existe igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal. Esto configura una estatura misma ante el poder público y la sociedad, tanto de varón como de mujer, respecto a los demás y similares; como lo señala el Código Civil: vivir juntos y auxiliarse mutuamente, cohabitar y asistirse. En el presente no se tiene entre las finalidades del matrimonio, necesariamente, la procreación para la preservación de la especie, ya que ello pertenece a una escala o grado anterior del desarrollo del derecho.

Así también, cuando se habla de las uniones estables y monogámicas, la Constitución de la República ha elevado a derecho fundamental, en el artículo 68: la unión estable y monogámica, entre dos personas libres de vínculo matrimonial, que formen un hogar de hechos, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. De aquí se pueden extraer aspectos sustanciales: si ese deber de débito carnal establece el deber de fidelidad, que es la exclusividad del acto sexual con la pareja, fundamentada en esa libre voluntad de las partes, fortalecerá entonces aquel vínculo de solidaridad y unidad, ya que la familia constituye el núcleo de la sociedad, como lo ha estatuido la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16.3.

La familia es ese elemento natural y fundamental de la sociedad, que tiene la prerrogativa más sólida de protección del Estado, en consecuencia, esto puede sintetizarse en una sola forma: no existe distribución ni distinción, no existe discriminación, la fórmula real es la igualdad y, para que perdure, es de entender que la revelación del matrimonio da la senda del camino a ese amor ciego.

## Política fiscal con perspectiva de género en el ámbito legislativo y judicial\*

Dr. Fernando Cohn Zurita
Conjuez de la Sala Especializada de lo
Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia

fernando.cohn@cortenacional.gob.ec

<sup>\*</sup> Ponencia impartida en el seminario virtual "Ciclo de conferencias en la semana de la Mujer", organizado por la Corte Nacional de Justicia, la cual tuvo lugar los días 09, 10 y 11 de marzo de 2021.

El Estado interviene para propiciar un avance, que se ha dado, pero que no ha sido suficiente, en desechar la concepción machista de la sociedad en la elaboración de los estándares por parte del varón y de tratar de acercarse a la visión de la mujer. Esta intervención del Estado requiere recursos para coadyuvar a estos propósitos y también se necesita que estos recursos estén destinados a esos fines. Allí tiene un rol protagónico la política fiscal, tanto para la imposición (ingresos a través de los tributos) como del destino de los recursos obtenidos. La política fiscal la constituyen los lineamientos referentes a la forma de conseguir ingresos y el destino de los mismos, lo que no debe partir de un capricho o de una arbitrariedad de quien diseña el presupuesto, ni de quien lo apruebe, sino debe responder a políticas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo, lo que debe acoplarse a las políticas de género existentes.

El término perspectiva de género está compuesto por dos elementos. El primero es el reconocimiento de que existe una realidad, de que el varón ha establecido las líneas sociales económicas para conducir a la sociedad o para que pueda funcionar a través de la obtención de los recursos. Esa es la realidad, la concepción del varón ha definido esos principios. El segundo elemento es asumir o reconocer que las políticas públicas tienen influjo favorable o desfavorable en esa realidad social, puede acrecentar la brecha entre varón y mujer o puede acercar y tender a una igualdad real, social, económica, cultural.

Esta exposición pretende abordar la perspectiva de género, es decir, el influjo que puede tener en esta problemática la política fiscal esto es, la definición del origen y destino de los recursos.

Los egresos en el sector público no financiero están determinados y fijados en el Presupuesto General del Estado, que deben estar alineados al Plan Nacional de Desarrollo, que tiene unos objetivos específicos, entre ellos se destacan el mejoramiento de la calidad de vida, la creación de un sistema económico justo y sostenible,

y, fomentar la participación social. Estos elementos encajan perfectamente en la política de género, esto es, procurar que la discriminación histórica a la que ha sido sometida la mujer, y que ha sido en cierta manera matizada, se elimine definitivamente y que la mujer pueda asumir un rol protagónico, al igual que lo tiene el varón. En consecuencia, este presupuesto debe ajustarse a esos elementos, no es una cuestión de moda, sino que, como lo determina nuestra Constitución, el presupuesto debe ajustarse a esas políticas del Plan Nacional de Desarrollo. Lo que ocurre a nivel nacional se replica a nivel seccional, a nivel de los gobiernos regionales, provinciales y de los municipios. Hay un Presupuesto General del Estado que debe ajustarse a un plan de desarrollo, obviamente a nivel seccional: regional, provincial y municipal.

Es importante tomar en cuenta que la definición del destino de los recursos no es decisión de una sola persona o de una sola función del Estado. Varias funciones del Estado y varios organismos tienen la responsabilidad de asegurar que este presupuesto, que este destino de los recursos obtenidos, se sujete a los cometidos establecidos en la Constitución. El Presupuesto General del Estado es elaborado por el presidente de la República, es aprobado por el Consejo Nacional de Planificación, que tiene que velar que el presupuesto responda a esos objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, y es sometido a consideración de la Asamblea Nacional, que debe hacer esta misma vigilancia, y puede formular observaciones.

El trámite de aprobación del presupuesto sigue un camino muy parecido al de las leyes de emergencia económica, es decir, tiene un tiempo establecido la Asamblea Nacional para analizarlo, caso contrario cobra vigencia por el ministerio de la ley. El presidente de la República puede formular observaciones o insistir en su presupuesto inicial y la Asamblea Nacional puede insistir también en sus observaciones, pero se requiere una mayoría calificada de las dos terceras partes.

Esto denota que la perspectiva de género, en cuanto al destino de los recursos, no es decisión de una sola función o de una sola persona, sino que intervienen varias funciones u organismos del Estado, por tanto, el éxito o fracaso de ese destino de los recursos es responsabilidad de todos. Es necesario precisar que, asimismo, a nivel del gobierno central, como hay un Presupuesto General del Estado, hay presupuestos de los gobiernos descentralizados. Se da la misma mecánica de aprobación, es elaborado por quien encabeza el gobierno regional, provincial o municipal, que es el gobernador regional, el prefecto o el alcalde, respectivamente, y es sometido a consideración de los consejos del cuerpo colegiado, que debe aprobar el presupuesto.

La perspectiva de género en el direccionamiento de los recursos consiste en que los recursos no se destinan por razones de sexo o por género, no se destina una parte para los varones y otra parte para las mujeres. No se debe entender de esa manera la perspectiva de género en el manejo del presupuesto; sino, por el contrario, es entender que cada decisión, en cuanto al destino de recursos, va a afectar a un sector económico, en el que puede tener mayor o menor prevalencia un género u otro. Entonces, se debe entender que cualquier decisión de destino de recursos podría incidir favorable o desfavorablemente en un género determinado. Por ello, para diseñar el prepuesto, para analizarlo y aprobarlo, se debe identificar en que sectores repercutirá ese ingreso: en una obra, un servicio, a quienes va a beneficiar y a quienes no, si acentuará o aminorará las diferencias y si es realmente neutro el beneficio. Si hay una obra, si hay un servicio que se presta a través del gobierno central o del gobierno seccional se entiende que la colectividad es beneficiada, pero si hay un esquema social en que prevalece el varón, en que el varón se encuentra en las franjas más acaudaladas y la mujer es la que está mayoritariamente en las menos favorecidas, si el presupuesto no aborda esa realidad y no trata de reconducirla para acortar esa brecha, no será neutro, pues siempre jugará a favor del sector o del género que ha sido tradicionalmente favorecido.

Por ejemplo, si se destinan recursos para la construcción de carreteras, esa obra beneficiara a la colectividad, tanto hombres como mujeres, los productos llegarán en menor tiempo y en mejor estado para su consumo, tanto para hombres y mujeres. No obstante, hay destino de recursos más específicos para atender a sectores preteridos o postergados en la historia de la región o del país. Entonces, esa perspectiva de género es la que permite impulsar planes específicos que provoquen mayor capacitación a la mujer, su incorporación a la producción y otros ámbitos.

¿Cuáles son los parámetros a considerar para definir el destino de los recursos o que haya un porcentaje del Presupuesto General del Estado destinado a ciertas obras, servicios, planes y programas que aminoren la brecha entre géneros? En primer lugar, se deben valorar las diferencias en nivel de empleo implicado. Hay una división sexual del trabajo, que, por roles, tradicionalmente, se le ha asignado a la mujer un cierto tipo de labores y al varón otros. Es importante señalar que no existe política que sea admitida unánimemente. Si existe una división sexual de trabajo, que se espera se vaya diluyendo en el tiempo y que la mujer pueda ejercer tareas tradicionalmente asumidas por el hombre y mejor remuneradas, no por ello se debe dejar de impulsar ese trabajo que existe, aunque sea menos remunerado, ya que, por tratar de presionar, en forma desmedida, una equiparación o eliminación

de la división sexual de trabajo, se eliminen los empleos y no tenga siquiera la mujer ese empleo que tradicionalmente ha mantenido.

En consecuencia, con políticas paulatinas y sostenibles en el tiempo se puede asegurar que ese empleo, que ha tenido tradicionalmente la mujer, al menos lo mantenga y procurar que la mujer vaya incorporándose a esos otros empleos y tareas mejor remuneradas y que han sido históricamente monopolizadas por el hombre. No solamente hay que considerar la capacidad que tiene el Estado para, a través de la inversión y del gasto (mediante el presupuesto en todos los órdenes territoriales y geográficos) impulsar trabajo para la mujer y tratar de que se incorpore más de lo que se ha hecho en estas últimas décadas, sino también para apreciar las necesidades y demandas. No todo son los servicios tradicionales, hay necesidades y demandas específicas de la mujer que deben ser atendidas y por ello se debe aplicar la perspectiva de género en el diseño del presupuesto.

Afortunadamente, lo mencionado no es pura teoría, se ha aplicado, existen experiencias exitosas en otros países. En Australia, en la década de los 80, antes de elaborar el presupuesto, se establecía a qué población geográficamente se quería beneficiar y que incidencia tenía esa inversión o gasto en el empleo, y hubo un importante protagonismo de las mujeres en el diseño, fijación de montos y destino del presupuesto y, por tanto, a través de esas medidas y procedimiento se logró disminuir la distancia o brecha en el papel y rol de la mujer frente al hombre, en lo económico y social. En el Reino Unido las políticas han sido más vanguardistas. Los recursos estaban dirigidos a equiparar el trabajo interno en los hogares de hombre y mujer. Es una tarea difícil, hay que derivar barreras mentales, pero en el Reino Unido, a fines de los años 90, se implementaron políticas en ese sentido. En Sudáfrica, país que acaba de salir de aquel oprobioso sistema de segregación racial, las políticas se dirigían a sectores postergados por la sociedad, pero en especial a la mujer. Antes de elaborar el presupuesto, se hizo un levantamiento de información de los sectores geográficos en que estaban las mujeres: en el campo, en la ciudad y el nivel de ingresos que mantenían; y, el presupuesto se dirigió a las personas menos favorecidas, para que participen de ese progreso en el que, especialmente la población negra, pueda mejorar su condición económica. Entonces, sí es posible tomar decisiones para que los presupuestos vayan dirigidos a sectores postergados y en especial a un impulso de la condición económica de la mujer. En México se ha acuñado un término: etiquetamiento del egreso, es decir, que ya desde el presupuesto se va determinado un cierto tipo de egreso tiene esa finalidad de género y va dirigido especialmente a 4 campos: a) la capacitación de la mujer, que la mujer llegue a ser tan preparada como el hombre, a través de su ingreso a escuelas y universidades; b) su incorporación al campo laboral. Es muy difícil que se acorte la brecha entre hombre y mujer si no se asegura a la mujer el acceso a una fuente de trabajo y, por tanto, a recursos; c) a la salud reproductiva. Es un área que interesa a ambos sexos, pero especialmente a la mujer. La mujer es la más interesada, porque el género tiene incidencia en la reproducción; y, d) la erradicación de la violencia, que, generalmente, en pareja, se da del hombre a la mujer. Entonces, esos ingresos van destinados a esos propósitos y con ello se logra que el recurso bien invertido haga posible esa igualdad real entre hombre y mujer.

Para gastar hay que obtener recursos. Una de las fuentes de obtención de recursos, no la única, es la correspondiente a los tributos. A nivel nacional, los tributos más importantes son el impuesto a la renta, el impuesto al valor agregado, el impuesto a los consumos especial, los aranceles, los derechos tributarios por importación de productos. A nivel local, lo son las tasas y contribuciones especiales. En la definición, creación, modificación o supresión de los tributos juega un rol importante la perspectiva de género. Para la obtención de esos ingresos, el tributo es una percepción de recursos de particulares, que se les va a provocar esta extracción de recursos que van al erario y, por tanto, también hay una tónica de género.

Al igual que vimos en el diseño del presupuesto, para el destino de los recursos obtenidos, hay unas finalidades también en la obtención de los recursos. 1) Esas finalidades también se acoplan a la perspectiva de género, que es promover la redistribución. Es conocido que, en promedio, el varón tiene mayor cantidad de recursos, está en las franjas de ingresos más altas, en una proporción mucho mayor que la mujer y, por tanto, si la finalidad de la política tributaria es promover la redistribución, esto empata con la intención que da la perspectiva de género de propiciar que la capacidad económica de la mujer se vaya acercando y finalmente igualando a la del hombre.

2) Estimular el empleo. También es conocido el hecho de que hay un mayor nivel de empleo en los varones que en las mujeres. La mujer, por estereotipos, por razones de orden cultural, ha estado destinada, en su mayoría, a las labores de hogar y no tan mayoritariamente como se quisiera a las actividades fuera del hogar, sin desmerecer la loable labor que desempeña al interior de sus hogares. 3) Propiciar conductas sociales y económicas responsables. Esta finalidad de la política tributaria, establecida en el art. 300 de la Constitución, también inspira las políticas de género.

Aquí es importante, al igual que los vimos en el presupuesto, ver que el diseño o el establecimiento de los tributos, la elaboración de normas y su aprobación no es producto de la intervención de una sola persona o función del Estado. A nivel de impuestos hay iniciativa presidencial y aprobación legislativa. El presidente de la República tiene la prerrogativa exclusiva legislativa en materia tributaria y a nivel municipal, de consejo provincial o de gobiernos regionales, quien encabeza tiene iniciativa tributaria. Esa iniciativa está sometida a la aprobación de un cuerpo colegiado, en caso del tributo o de impuesto nacional la Asamblea Nacional y, en caso de las tasas o contribuciones, por lo general, en los gobiernos seccionales, sugeridas por quien lo encabeza, deben ser aprobadas por un cuerpo colegiado, por un consejo.

Entonces, participan en la responsabilidad por el éxito o fracaso de este establecimiento de tributos una función ejecutiva y una función legislativa, en los distintos órdenes seccionales y centrales. En cuanto a los aranceles, que es un tributo al comercio exterior por la introducción de mercancías en general, al contrario de lo que ocurre con los impuestos, tasas y contribuciones, son fijados por la sola decisión de la Función Ejecutiva, a través del Comité de Comercio Exterior. También, en creación de aranceles, existe un impacto en sectores económicos diferenciados entre hombres y mujeres.

Cabe formularse las mismas preguntas con respecto al presupuesto, que se refiere al ingreso, pero que permiten visualizar el impacto de una medida: ¿a quién afectará la norma tributaria?, ¿a qué sector afectará?, ¿significará un intento de aproximar la situación económica entre hombre o mujer?, ¿cuál va a ser la incidencia patrimonial, de empleo y de consumo?, ¿si el impuesto es progresivo o regresivo?

En la elaboración de normativa, hay afectación por género de carácter explícita, es decir, es evidente del mismo texto de la norma, o implícita, cuando el mismo texto de la norma brinda prerrogativas o facultades exclusivas al varón, en desmedro de la mujer. La afectación es implícita cuando el tributo pasa a ser aparentemente neutral, es decir, se crea un tributo sin considerar las diferentes circunstancias que atraviesan hombre o mujer, las diferentes necesidades de consumo y de demanda de hombre y mujer, su distinta participación en sectores productivos, independientes de su rol en un trabajo. Si se ignoran esas condiciones por omisión, se incurre en una afectación de género implícita.

En el impuesto a la renta, en nuestro país, a nivel de personas naturales, la tarifa del tributo es escalonada, hay una fracción básica exenta que no paga ningún

tributo y, a partir de allí, una vez rebasada esa renta exenta, hay varios niveles y se va imponiendo un tributo o una tarifa mayor a medida que sube esa renta. En principio, esta imposición gradual de tarifa sobre la renta ocasiona que quien más tiene más pague y no sería regresiva para las mujeres, tomado en cuenta que en la franja de mayores ingresos el varón está en un mayor porcentaje que las mujeres, quienes están en mayor porcentaje en los rangos más bajos de ingresos. En consecuencia, a nivel nacional, al menos en lo que corresponde a la fijación de tarifas, el impuesto a la renta no es regresivo ni se constituye una medida en desmedro de las mujeres.

Sobre los tributos cedulares, que son tributos a ciertas rentabilidades específicas, podría entenderse que si se aminora una imposición a ciertas actividades económicas, que son mayoritariamente realizadas por los hombres, si se reduce estos tributos se estaría afectando por efecto a las mujeres, porque se está propiciando una política impositiva en beneficio de los que más tienen. Sobre este particular, tampoco hay un criterio unánime, hay políticas tributarias que pueden, en forma aparente o inmediata, beneficiar a quienes más tienen, pero que procuran, a largo plazo, una mayor cantidad de ingresos que repercutirá para beneficio de todos.

Acerca de si es mejor aumentar o disminuir la tarifa, no hay una posición unánime, los países adoptan sus decisiones conforme las circunstancias se dan. Una política que podría resultar aparentemente beneficiosa en exceso a sectores que más tienen y que perjudican a quienes menos tienen, no necesariamente tiene ese efecto. Solamente como ejemplo, los Estados Unidos ha atravesado diferentes tipos de gobiernos demócratas y republicanos, que se van alternando en el poder y que van imprimiendo políticas tributarias que afectan a quienes más tienen, aparentemente, pero finalmente tienen un propósito de mejorar la economía, que beneficia tanto a hombres como mujeres. Discernir este punto no es tan sencillo, no necesariamente una política tributaria que en forma inmediata es percibida que afecta o beneficia a un sector, implicará que el producto final beneficie o perjudique a los hombres.

Lo que si es cierto es que ha habido una medida que se ha aplicado en varios países, que es notoriamente discriminadora, que cuando existe una pareja, un matrimonio o una unión de hecho, quien declara es quien administra la sociedad conyugal, que por lo general es el hombre, ignorando el rol que desempeña la mujer en esa sociedad conyugal. En ese sentido, nuestra legislación ha superado ese concepto y, por regla general, cada cónyuge presenta su declaración: si ambos tienen actividades bajo relación de dependencia, ambos presentan su propia declaración; si hay un emprendimiento de la sociedad, cada uno realiza su declaración. Solo en

caso de que un cónyuge ejerza una actividad empresarial y el otro no tenga relación de dependencia ni ejerce ninguna actividad, quien administre la sociedad conyugal presenta la declaración. Aún en ese caso la norma ha previsto que el cónyuge que declara debe establecer como deducible la utilidad del negocio que le corresponde a su pareja, para que de esa utilidad ella haga su declaración. Esta prescripción de la declaración conjunta la he encontrado en todos los artículos que tratan de la discriminación por género a nivel tributario y, afortunadamente, en nuestro país esa circunstancia no existe.

También puede haber un sesgo de género en establecer exoneraciones de impuesto a la renta o deducciones que aminoran la base imponible y que disminuyen el tributo final a pagar. Sobre esto existe también un sesgo ideológico, siempre habrá quienes crean que las políticas deben contemplar impuestos altos y asfixiar a quien más tiene, lo que puede resultar perjudicial para la mujer y la sociedad.

En cuanto a las experiencias foráneas respecto al impuesto a la renta, al establecimiento de medidas concretas para superar la brecha entre hombres y mujeres, encontramos que, en Singapur, por ejemplo, para estimular la capacitación de la mujer, cuenta con tarifas especiales más bajas en caso de que demuestre capacitación en ciertos campos, es decir, se estimula la capacitación de la mujer a través de una política impositiva más favorable que la del hombre si tuviese el mismo nivel de capacitación. En Paquistán y la India se establecen tarifas especiales para las mujeres, para incorporarlas a la vida productiva.

En nuestro país, ya se estaría imprimiendo una condición progresiva al tributo, haciendo que paguen más los que más ingresos tienen, pero no se debería desestimar la aplicación de otras medidas de estímulo a la mujer, a través del impuesto a la renta, para que se vaya incorporando, en mayor medida que la actual, al terreno productivo.

En el impuesto al valor agregado también hay una diferenciación de tarifas: del 12% y del 0%. Aquí también podría haber un direccionamiento de género. Las mujeres y los varones tenemos distintos requerimiento y necesidades. A nivel de impuesto al valor agregado, hay sectores productivos que enrolan mayoritariamente a hombres o mujeres, por lo que una política en torno a este tributo que dificulte o haga imposible la compensación del impuesto al valor agregado, repercutirá en sus empleados. Entonces, una política de impuesto al valor agregado no solamente debe dirigirse al consumidor final, sino también se debe conocer la trascendencia

que esa medida tendrá en las empresas que enrolen a varones o mujeres. Esta información está en poder del Estado.

En el impuesto a los consumos especiales ocurre algo similar. Este impuesto, en general, se dirige al consumo de productos o servicios suntuarios, aunque por requerimientos fiscales se está incorporando a ciertos bienes o servicios que no cumplen con esa calidad, sino que son necesarios para las personas. En principio, los conocedores de la problemática de género consideran que este tributo va dirigido hacia productos suntuarios y que no afecta a la mujer, ya que los hombres, que son los que están ubicados en sectores de mayores ingresos, son los que van a adquirir estos productos; sin embargo, esas visiones parten únicamente del hombre y mujer como consumidor, pero no como agente económico o empleado de empresas a las que afecta el impuesto a los consumos especiales. Este impuesto puede darse en la primera transferencia de productos fabricados en el país o de productos importados. Un aumento discriminado o incorporación de un producto o servicio al impuesto a los consumos especiales está desprovisto de técnica, que no mide el efecto que vaya a causar, puede originar disminución de la producción o despido de empleados; por lo tanto, al momento de aplicar una medida como esas, debe considerarse que tras esa mayor obtención de recursos puede haber un perjuicio en sectores productivo o que ni siquiera se logre la percepción de recursos y se llegue a distorsiones como el contrabando o la desvinculación de personas de sus puestos de trabajo, pudiendo perjudicar en especial a las mujeres por ejemplo una subida indiscriminada en los productos. Por lo tanto, también en el impuesto a los consumos especiales, que en principio podría parecer que no afecta a las mujeres, podría ocasionar una afectación, por ejemplo, en el empleo.

Lo propio sucede con los aranceles, que es un tributo al comercio exterior por requerimientos fiscales. Si se incrementa la tarifa con afán recaudatorio, sin medir las consecuencias que puede tener, no necesariamente en la mujer como consumidora del producto que se encarecerá, sino como agente en el proceso productivo y de comercialización. Si se exagera en la fijación de los aranceles, la mujer podría, de acuerdo al sector económico que se trate, ser afectada, por tanto, en la fijación o modificación de este tipo de tributos, siempre debe haber una perspectiva de género.

En el ámbito judicial tributario, no existe acento tan importante como el que se da en los ámbitos penal y laboral. En el campo tributario rige el principio de reserva de ley, sin embargo, puede haber en ciertos casos derechos afectados en que exista en efecto un sesgo de género. Si a nivel judicial se aprecia que la valoración que ha hecho la administración tributaria denota un sesgo de género, discriminación o estereotipo de que una mujer no puede desarrollar esa actividad económica, el juez puede valorar que efectivamente esa categorización realizada por la entidad administrativa ha tenido un sesgo de género que no tiene justificación. También puede darse el caso en las compañías, que otorgan la representación legal a una persona, que solamente firma, pero finalmente va a ser responsable por los tributos o las determinaciones tributarias que se efectúen por el periodo en que ejerció la representación legal. Pueden darse casos de abusos a mujeres, en que esta designación o nombramientos se otorgan solo para que actúen con su firma. No se trata de ser condescendiente o de considerar que la mujer es una persona disminuida en sus capacidades, sino de establecer, si en ciertos casos excepciones, efectivamente ha habido una situación que por género se ha visto inmiscuida una mujer y dentro de las medidas que permiten las normas de carácter tributario, analizar las soluciones que se pueden dar al caso, por los derechos de la mujer implicados.



# Políticas editoriales

*Diálogos judiciales* es la revista institucional de la Corte Nacional de Justicia. Tiene una circulación anual.

#### Requisitos de admisibilidad

Los artículos deben ajustarse a la política editorial de la revista y a las normas de publicación; y deberán pasar por el proceso de aprobación del comité editorial. Todos los artículos deberán cumplir con los siguientes requisitos, caso contrario serán devueltos a sus autores:

- 1. Título del artículo;
- 2. Nombre del o los autores;
- 3. Afiliación institucional y dirección electrónica;
- 4. Resumen y Abstract;
- 5. Palabras Clave y Keywords;
- 6. Introducción;
- 7. Desarrollo del tema;



- 8. Conclusiones;
- 9. Referencias bibliográficas; y,
- Carta de autorización escrita y expresa de la publicación de su artículo dirigido a la revista Diálogos Judiciales o a la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, y una descripción de la hoja de vida de máximo 500 palabras.

Los aportes serán teóricos y metodológicos, sustentados en bibliografía reciente y especializada, análisis de coyuntura y tendrán una clara orientación académica.

#### Criterios de selección

Para aprobar la fase de selección, los artículos enviados deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1. El artículo debe ser de preferencia original, aunque se aceptarán artículos no inéditos que sigan siendo relevantes para el avance de la discusión sobre el tema propuesto por la revista;
- 2. Extensión máxima de 5.000 palabras de contenido;
- 3. Estructura y formato de citación detallados en la Guía del Artículo;
- 4. Relevancia e innovación del tema jurídico abordado;
- 5. Contenido crítico;
- 6. Suficiencia de investigación y manejo adecuado de fuentes.

Estos criterios serán considerados para que el Comité Editorial tome una decisión discrecional y motivada sobre la selección o no de un artículo.



#### Proceso de edición

El proceso de edición de un artículo puesto en consideración del Comité Editorial de Diálogos Judiciales está compuesto por las siguientes fases:

- 1. <u>Recepción:</u> el proceso inicia con la fase de recepción de artículos académicos. Los textos deben ser enviados al Comité Editorial de Diálogos Judiciales a través del mecanismo señalado en cada convocatoria.
- 2. <u>Admisibilidad:</u> el artículo será examinado para determinar si cumple o no con los requisitos de admisibilidad.
- 3. <u>Selección:</u> los artículos que han aprobado la fase de admisibilidad, serán leídos de manera anónima por dos miembros del Comité Editorial quienes decidirán si cumple los parámetros de calidad exigidos por la revista para ser aceptado al proceso de edición. En caso de no haber acuerdo entre ambos revisores, se remitirá el artículo a un tercer miembro del Comité Editorial quien tendrá voto dirimente.
- Edición: tras la notificación de haber sido seleccionado el artículo, los artículos serán revisados en términos ortográficos, gramaticales y de estilo.
- 5. <u>Publicación:</u> cumplidas todas estas fases, el artículo será publicado en la revista Diálogos Judiciales.

Las secciones de la revista Diálogos Judiciales son las siguientes:



- Dosier central que incluye artículos monográficos sobre un tema de interés jurídico nacional o internacional, desarrollados con una orientación metodológica que mezcle reflexiones teóricas con experiencias prácticas en el ejercicio del derecho.
- Derecho comparado que incorpora aportaciones teóricas de reconocidos académicos y jueces latinoamericanos sobre cuestiones de interés jurídico general.
- Entrevista que incluye diálogos y entrevistas con juristas y académicos que visiten Ecuador o que hayan aportado con su conocimiento y experiencia al mejoramiento de la administración de justicia nacional o extranjera.
- Comentario de Jurisprudencia presenta un análisis especializado, técnico, doctrinario, que desarrolla y explica los problemas de la jurisprudencia como fuente directa del derecho.
- **Reseña** incorpora comentarios críticos a libros jurídicos de reciente publicación en el Ecuador o a nivel internacional.



## Guía del artículo

#### 1. Idioma y extensión

El idioma oficial de la revista es el español. Sin embargo, los artículos escritos en inglés u otros idiomas podrán ser enviados y se publicarán en su idioma original.

La extensión de los trabajos no podrá ser superior a 5.000 palabras de contenido. Se excluye para este cálculo la bibliografía.

#### 2. Contenidos obligatorios del artículo

Cada artículo deberá contener obligatoriamente los siguientes elementos:

- 1. Título: título del artículo en español e inglés;
- 2. Resumen: máximo 300 palabras en español y su correspondiente traducción al inglés (Abstract);
- 3. Palabras clave: listado de 5 a 10 palabras claves y su correspondiente traducción (Keywords);
- 4. Datos del articulista: nombres y apellidos, afiliación institucional, casilla postal, ciudad, país y dirección de correo electrónico.



Los artículos por publicarse en la revista deben mantener la estructura de un ensayo académico, es decir, deben contar con una introducción, desarrollo y conclusión. No es necesario incluir al final un listado de las fuentes bibliográficas, pues estas se encuentran contenidas en las notas al pie.

#### 3. Fuente, tamaño de letra, espaciado, interlineado y sangría

Cada artículo deberá cumplir el siguiente formato:

- 1. Fuente: Los artículos deberán ser escritos con el tipo de letra Arial;
- 2. Tamaño de letra: Todo el texto deberá utilizar un tamaño de letra de 12pt; salvo para las citas que superen las tres líneas, las cuales deberán ser en tamaño de letra 11pt;
- 3. Espaciado e interlineado del texto: El espaciado del texto deberá ser de 1.5pt y el interlineado entre párrafos Opt;
- 4. Gráficos y diagramas: Deberán ser enviados con archivos de respaldo en formatos: jgp, gig o psd;
- 5. Sangría: La sangría utilizada en el texto deberá ser 0;
- 6. Márgenes: Superior, inferior, derecho e izquierdo 3cm o 1.18 pulgadas; v,
- 7. Alineación de texto: justificado

#### 4. Formato de las citas bibliográficas

El artículo deberá citarse bajo las reglas de citación conforme el Manual de estilo Chicago. Al ser un artículo de revista, el formato de citación será únicamente con notas al pie.



El estilo de notas presenta la información bibliográfica a través de las notas a pie de página.

A continuación, se presenta una breve guía de citación:

#### Libro de un autor

Pérez, Juan. El derecho procesal en el Ecuador. Quito: Editorial González, 1999.

#### Libro de dos autores

Pérez, Juan y Zurita, William. *El derecho procesal en el Ecuador*. Quito: Editorial González, 1999.

#### Libros con editor o compilador en lugar de autor

Pérez, Juan, trans. *El derecho procesal en el Ecuador*. Quito: Editorial González, 1999.

#### Capítulo de libro

López, Andrea. "La prueba" en *El derecho Procesal en el Ecuador*, editado por Nicolás Fernández. Quito: Editorial González, 2006.

#### Artículo de revista impresa

Smith, Carla. "El origen del derecho procesal." *Diálogos Judiciales No. 5* (2017), 6-19.

#### Artículo de revista electrónica

Smith, Carla. "El origen del derecho procesal." Revista Dialnet (2002), https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2097239 (consultado el 27/03/2018)



#### Página web

Corte Nacional de Justicia. "La Corte Nacional de Justicia del Ecuador a la opinión pública." http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/noticias/172-la-corte-nacional-de-justicia-del-ecuador-a-la-opinion-publica (consultado el 1/06/2018)

