

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**DISCRIMINACIÓN HACIA LAS MUJERES EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO:
UNA APROXIMACIÓN A TRAVÉS DEL DELITO DE ESTUPRO**

Walleska Ángela Pareja Díaz

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de abogada

Quito, 5 de Mayo de 2008

© **Derechos de autora**
Walleska Pareja Díaz
2008

Resumen

La presente tesina tiene la finalidad de exponer cómo el Derecho refleja en sus normas, una visión androcéntrica de la mujer. En este sentido, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el tipo penal del estupro, anterior a la reforma del 2005, muestra fehacientemente cómo una norma, puede, no sólo ser discriminatoria *per se* en relación a la mujer, sino que sin necesidad de excluirla de un determinado ámbito de la sociedad, logra que se la discrimine por lo que se pide que ella sea, y así, se atente contra sus derechos más fundamentales.

Para este cometido, he analizado a la discriminación en los distintos modelos jurídicos, así como en el marco del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos. Por otro lado, creí primordial considerar a las distintas Constituciones de nuestro país, incluyendo el trabajo de la Asamblea Constituyente, con la intención de observar sus preceptos más importantes con respecto de diferentes temas sobre las mujeres. Para continuar, se ha realizado un examen jurídico profundo del tipo, acompañado de un análisis desde la perspectiva de género. Esto nos ha permitido concluir que el estupro, fue y es, una norma discriminatoria, que ha sabido perpetuar el rol tradicional de las mujeres, manteniendo los valores del patriarcado.

Abstract

This investigation has the objective of showing how Law has an androcentric vision of women. In this sense, estupro¹ is an example of how a norm may discriminate women without excluding them of a specific space of society. The difference is that this discrimination is shown in the things society expects from a woman and how this violates their fundamental rights.

To accomplish this objective, I have analyzed the discrimination in different legal systems and also in the international human rights law. On the other hand, I have considered the Ecuadorian constitutions and the actual work of the National Assembly, in order to see the treatment they are giving to women subjects. Then I have completed a deep legal study of the felony with the purpose of finishing this section with an analysis focalized in genre. This helps us conclude that estupro is a discriminatory rule that perpetuates a traditional role of women keeping alive the values of a patriarchal society.

¹ No existe una traducción literal del estupro en el idioma inglés. En las legislaciones se lo toma como “sexual offences with minors” y en los diccionarios como “rape”, aunque no signifiquen lo mismo.

*A mi mami, por recordarme todos los días la mujer que sueño ser;
A mi papito, por ser la única persona que tiene todas las respuestas;
A mis ñañ@s, por alegrar mis días y compartir tantas cosas;
A mis cuatro abuel@s, por sus constantes palabras de aliento y sobretodo por
sus ejemplares vidas.
A R.D de la T.*

Agradecimientos

Quisiera poder agradecer a todas las personas que de alguna u otra manera han influido en la realización de esta investigación, aunque esta tarea resulta bastante complicada.

A mi amiga Ma. Paula, porque desde ese coloquio en mi primer año, te convertiste en uno de los más importantes referentes en mi vida.

A mi Negrito Falconí, porque, aunque tú desde tu lucha propia, hemos sabido ir juntos de la mano.

A mis amig@s de la infancia, los de la u, mis gordas, mi Lucy, gracias por entenderme y ser mis soportes en esta lucha que nos implica a todos y todas.

A mis profesor@s, en especial, Luis, Farith, Manuela, porque sus enseñanzas y amistad han llenado de esperanza el camino a seguir.

A Xavier, Reinaldo, Diego, Paula, Fabián, y Angélica, por sus conocimientos, tiempo y ayuda.

A David, por tu apoyo y porque contigo, y gracias a ti he podido probarme a mi misma que todo aquello en lo que creo, puede verse materializado de tantas formas.

A Dios, por estar ahí, siempre.

Tabla de contenidos:

Introducción10
Capítulo I	
La discriminación hacia las mujeres	
1.1 El concepto de discriminación15
1.2 La mujer y su lucha contra la discriminación22
1.3 La discriminación hacia las mujeres en los sistemas jurídicos28
1.3.1 El código de Hammurabi28
1.3.2 Modelo romanístico30
1.3.3 Modelo napoleónico31
1.3.4 Modelo anglosajón32
1.3.5 Derecho ecuatoriano33
1.3.5.1 Materia civil33
1.3.5.2 Materia penal34
1.4 Avances en la legislación ecuatoriana37
1.5 Tratamiento del derecho a la igualdad y no discriminación, y el derecho a la libertad de las mujeres, en el sistema internacional de protección de los derechos humanos38
1.5.1 El Ecuador y los instrumentos internacionales de derechos humanos39
1.5.2 El contexto de los derechos de las humanas40
1.5.3 El derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la libertad de las mujeres en los instrumentos internacionales de derechos humanos42
1.5.4 Igualdad y no discriminación en los pronunciamientos del sistema interamericano y europeo de derechos humanos51
1.5.4.1 El tribunal europeo de derechos humanos (ECHR)51
1.5.4.2 La corte interamericana de derechos humanos (Corte IDH)53

Capítulo II	
Evolución Constitucional en el Ecuador sobre el tratamiento hacia las mujeres	58
2.1 De las constituciones del Ecuador	59
2.1.1. De la mujer y su invisibilidad	59
2.1.2 La mujer y la nacionalidad	60
2.1.3 La mujer ecuatoriana y la ciudadanía	62
2.1.4 La mujer ecuatoriana, la política y la administración de justicia	64
2.1.5 La mujer ecuatoriana y el trabajo	67
2.1.6 La mujer ecuatoriana y la familia	69
2.1.7 La mujer ecuatoriana y la igualdad ante la ley	70
2.1.8 La constitución política del Ecuador de 1998	73
2.2 La asamblea nacional constituyente, Ecuador 2007-2008.	75
2.3 Análisis global de la evolución	79
Capítulo III	
Análisis del estupro como modelo de discriminación del ordenamiento jurídico contra de las mujeres	86
3.1 Análisis y descripción del tipo penal	87
3.1.1 El estupro como delito	88
3.1.2 El bien jurídico protegido	91
3.1.3 Acción nuclear	92
3.1.4 Elementos subjetivos y objetivos	93
3.1.4.1 Sujetos	93
3.1.4.1.1 Sujeto activo	94

3.1.4.1.2 Sujeto pasivo	95
3.1.4.3 Medios	97
3.1.4.3.1 Seducción	97
3.1.4.3.2 Engaño	99
3.2 Evolución del delito de estupro	100
3.3 El estupro en la legislación comparada	101
3.4 El estupro en la legislación ecuatoriana	106
3.5 La víctima de estupro frente al proceso penal	109
3.6 Jurisprudencia ecuatoriana	111
3.7 Análisis del tipo penal del estupro desde la perspectiva de género	115
3.7.1 El estupro, los feminismos y la teoría crítica del derecho	116
3.7.2 Pasos para analizar el tipo penal del estupro como norma discriminatoria	118
3.7.3 La mujer y el discurso jurídico	122
Conclusiones y Recomendaciones	124

INTRODUCCIÓN

*Todas estamos comprometidas en la tarea de desprendernos de nuestro falso yo, el yo programado,
el yo creado por nuestra familia, cultura y religión.*

-Anaïs Nin

The law sees and treats women the way men see and treat women.

-Catherine A. Mackinnon

On ne naît pas femme, on le devient.

-Simone de Beauvoir

Ser mujer no resulta fácil. No con esto quisiera subestimar el hecho de pertenecer al género masculino, que con sus pros y contras, también ha sido parte de una mala jugada proveniente de la educación y la sociedad. Sin embargo, creo que el devenir de la historia se ha encargado de darme la razón.

Primero que nada, nos encontramos ante una realidad propia desde el momento mismo en que nacemos. Se pudiera decir que llegamos al mundo por medio de una semejante, una persona que resulta ser parte de nuestro mismo género y ya con esto, empezamos a ser peculiares.

-“Es una mujercita”, dicen los doctores y las enfermeras.

Así, empieza una discriminación que nace en la cuna y que se va desarrollando alrededor de una serie de pautas y limitaciones de lo que ser “una buena mujer” o una “dama”, significa.

Pasemos a las etapas siguientes. Luego de unos años, estamos frente a una persona coartada desde la incomodidad de su vestimenta, hasta la característica de aprender a ser mamá, con su primer juguete. Obviamente si resultas ser fan de los carritos y el fútbol fácilmente eres considerada la clásica “machona” o “marimacha”.

Pronto viene la época escolar, la del colegio, y con suerte, la universitaria. En estas facetas, se es parte de una serie de vivencias que van a determinar la vida de una mujer. Aparte de sutiles y/o garrafales discriminaciones del entorno, se llega a ser categorizada como la santa, la noria, la fácil, la gordita buena gente, la popular, etc. En fin, la clasificación a la que profesores y amigos te insertan, puede variar. Sin embargo, todos sabemos que es menos dificultoso recordar a determinadas compañeras por el tipo de “soltura” que tenían con respecto a su relación con los hombres y lo mal que esto se veía. Como bien sabemos, esta característica era vista desde una perspectiva totalmente diferente, en caso de hablar de un chico, ya que mientras más novias tenía o más veces les sea infiel, de seguro, las alabanzas recibidas por parte de todos, incrementarían.

Más adelante, se empieza a discutir sobre si el verdadero motivo de una mujer de ingresar a la universidad, es el conseguir esposo. Aquí, las denominaciones de “ella es una mujer para el ratito” o “ella es una mujer para casarse (muchas veces sinónimo de virgen)”, salen a la luz.

Luego, en una edad más avanzada, las mujeres pueden ser víctimas de discriminación en el ámbito laboral, de violencia doméstica o sexual, mobbing², etc.

De esta manera y como pudimos observar anteriormente, las mujeres a lo largo de nuestra vida, estamos sometidas a un análisis continuo, sobretodo si se trata del ámbito sexual.

A partir de esta breve explicación, es preciso mencionar que la presente tesina, tiene la finalidad de exponer cómo el Derecho refleja en sus normas, una visión androcéntrica de la mujer. De esta forma, nos encontramos frente a una legislación ecuatoriana, que posee una vasta historia de ejemplos sobre discriminación al género femenino.

² Término que se utiliza para referirse al acoso laboral, información disponible en: <http://www.losrecursoshumanos.com/mobbing.htm>, consultado el 1 de mayo 2008.

Así, desde las pasadas contradicciones constitucionales, atravesando por el código civil, penal, y laboral, podemos visualizar que nuestros cuerpos legales, han recogido a la mujer, como un sinónimo de madre, de esposa sumisa o de ser dependiente, olvidándose que es un sujeto pleno de derechos, autónomo de sus hijos, padre o esposo.

De esta forma, quisiera que la presente investigación, logre demostrar o al menos poner sobre la mesa de discusión, la manera en que una norma jurídica, que responde a los valores de su época, más allá si esto es aceptable o no, puede, no sólo ser discriminatoria *per se* en relación a la mujer, sino que sin necesidad de excluirla de un determinado ámbito de la sociedad, logra que se la discrimine por lo que se pide que ella sea, y así, se atente contra su libertad y contra sus derechos más fundamentales.

En este punto, debe quedar claro que para ejemplificar este razonamiento, hemos seleccionado a una norma del Derecho Penal Ecuatoriano, específicamente, el *estupro*. El mismo, a mi parecer, adolece de lógica penal, y se apoyaba y continúa basándose, en juicios discriminatorios y sexistas.

Por otro lado, tal y como menciona VALLADARES “nuestro Derecho Penal tiene un carácter androcéntrico claramente definido, en el cual las mujeres son consideradas como seres débiles e incapaces, personas de segunda clase, lo que constituye la base conceptual de ciertas normas que reproducen la dominación social, económica y sexista”.³

Luego de lo expresado, resulta fundamental el realizarnos una pregunta concreta: ¿Refleja la norma del estupro, la evolución que ha existido en nuestro país de los principios constitucionales y de derechos humanos, sobre la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres?

En un primer momento, pudiéramos dar una respuesta positiva a dicho cuestionamiento. Esta afirmación surge a raíz de que, en efecto, en el año 2005, podemos evidenciar una reforma sustancial en uno de los elementos del tipo penal. Sin embargo, existió y todavía existe un tratamiento discriminatorio hacia las mujeres en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y el estupro ha sido un claro ejemplo.

³L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional*, Tesis de Grado Universidad Central del Ecuador, Quito, 1995, pp. 195-196.

En este sentido y para una mejor comprensión de la presente investigación, se la ha desarrollado en cuatro capítulos, cada uno con sus títulos respectivos.

Para empezar, el primer capítulo tiene como propósito el adentrarnos al concepto propio de la discriminación. Por otro lado, se presentará a dicha discriminación como una realidad viva y aún latente manifestada en los ordenamientos jurídicos en general, los mismos que han marcado las pautas de convivencia de tantos países e inclusive de grandes civilizaciones. Por último, concluiremos con una aproximación a una teoría jurídica más avanzada y garantista, como es la del tratamiento de la igualdad y no discriminación en el sistema internacional de protección de los derechos humanos. De esta manera, luego de la lectura de este contenido, se pretende llegar al objetivo de visualizar cómo la discriminación, ha sido parte de la vida de las mujeres a lo largo de la Historia y cómo esto ha tenido como resultado, la promulgación de normas jurídicas discriminatorias que desde hace algunas décadas resultan incompatibles con la normativa sobre derechos humanos.

En segundo lugar, creemos imperioso tomar el marco constitucional que ha regido nuestro país, para de esta forma analizar cuál fue el estatus jurídico que se les dio a las mujeres en estos tiempos. Así, también, es preciso considerar dicha normativa con la realidad imperante de esos años y ultimar con lo que se esté tratando actualmente en la Asamblea Constituyente sobre los derechos y deberes del género femenino. Este es el desarrollo del capítulo II, el mismo que tiene como finalidad, luego de plantear la normativa constitucional, el observar que esta evolución no resultó suficiente para que normas como el estupro fuesen dictadas.

En el capítulo III, tomamos al estupro como ejemplo de una norma discriminatoria en contra las mujeres dentro de la legislación ecuatoriana. Lo que se intenta, a través de esta sección, es mostrar un análisis penal del tipo y las connotaciones que sus elementos tienen sobre las mujeres. En este sentido, el objetivo de este capítulo es examinar a fondo el tipo penal, para corroborar que su desarrollo, a pesar de la reforma, no ha sido acorde con la perspectiva de género que debió ser implementada, para evitar la discriminación.

Por último, creo fielmente, como NIN, que “uno (a) escribe porque tiene que crear un mundo en el cual pueda vivir”⁴. Yo necesito ser parte de la creación de ese mundo. No uno ilusorio y utópico, pero si uno, en el que pueda desarrollarme libremente y que el simple hecho de pertenecer al género femenino, no me limite a realizarme como persona. Un mundo en el que se me permita querer dejar de ser musa⁵ y pasar a ser la artista de una obra que tenga un contenido altamente práctico y a la vez filosófico de lo que significa ser mujer y de cómo la sociedad debe responder a ello.

⁴ A. NIN, *Ser mujer, Tribuna Feminista*, Cuarta Edición, Editorial Debate, Madrid, 1983, p.18.

⁵ *Ibíd.*, p. 19.

CAPÍTULO I

LA DISCRIMINACIÓN HACIA LAS MUJERES

1.1. Concepto de discriminación

El término discriminación, es una palabra que no sólo escuchamos mencionar a diario, sino que muchas veces, la vivimos en carne propia. Este concepto, en su sentido más práctico, suele ser el pilar de la lucha de un sinnúmero de grupos alrededor del mundo y en este sentido, resulta lógico presentar su significación y darle las apreciaciones pertinentes.

El Diccionario de la Real Academia Española, presenta las siguientes acepciones sobre el verbo discriminar, proveniente del latín, *discrimināre*:

1. Seleccionar excluyendo.
2. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.⁶

Sin duda, el sentido al que nos referiremos es el segundo y para profundizarlo, nos remitiremos a la opinión consultiva realizada por los Estados Unidos Mexicanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). De esta forma, el mencionado tribunal se pronuncia explicando que la discriminación, a diferencia del término distinción, tiene que ver con lo inadmisibles, por violar los derechos humanos.

⁶ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, “Discriminar”, en *Diccionario Real Academia Española*, vigésima segunda edición, disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=discriminar, consultado el 24 de Abril 2008.

Por tanto, este concepto, proveniente del latín *discriminatio-ōnis*, hace referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos⁷.

Por su parte, CABANELLAS, nos explica que discriminar viene de “tratar con inferioridad a personas o colectividades por causas raciales, religiosas, políticas o sociales”⁸

Luego de centrarnos en el tipo de discriminación que abordaremos, es necesario hacer mención que este concepto se puede clasificar en discriminación positiva- o inversa, así como también, en negativa.

La primera, como lo menciona la Real Academia Española, es una protección de carácter extraordinario que se da a un grupo históricamente discriminado [...] para lograr su plena integración social.⁹ De esta manera, nos encontramos frente a un verdadero trato diferenciado, con respecto de un conjunto de personas, para intentar de equiparar sus desigualdades de facto, y así tengan la oportunidad de ejercer sus derechos plenamente, implantando un sistema de compensación. Para ilustrar esta idea tenemos ciertas medidas legislativas de acción afirmativa, como las leyes de cuotas.

En contraposición, hablamos de discriminación negativa cuando una persona, por pertenecer a un grupo determinado, o por su mera individualidad, sufre de un perjuicio y es blanco de un prejuicio de inferioridad por dicha diferencia.

Como veremos más adelante, diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos, hacen mención a los tipos de discriminación a los que los seres humanos pueden encontrarse sometidos. Sólo para nombrar algunos ejemplos tenemos: la discriminación racial, religiosa, social, ideológica y de género, entre otras.

Para continuar, resulta ineludible explicar rápidamente dos tipos de discriminaciones, la sexual y la de género, respectivamente, ya que serán parte del análisis de la norma del estupro en nuestro país:

⁷ CORTE IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentado*, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de Septiembre 2003.

⁸ G. CABANELLAS, “Discriminar” en *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997, p. 271.

⁹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario Real Academia Española*, Vigésima Segunda Edición. Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=discriminacion, consultado el 15 de Marzo 2008.

- ❖ La discriminación sexual es aquella que se refiere al sexo, es decir la que se basa en las características biológicas y fisiológicas, así como los rasgos físicos ya sea de un hombre o una mujer¹⁰. Cabe señalar que este tipo de discriminación además de contener la referente al género, también trata acerca de la orientación sexual de la persona y de su identidad de género.
- ❖ La discriminación por género, se fundamenta no simplemente en las características ya mencionadas, sino más bien en la significación que la cultura, religión o sociedad, les dan a ellas. En este sentido, hablamos de una categoría social que marca las pautas de comportamiento y que establece el lugar que ocupan hombres y mujeres dentro de la humanidad, asumiendo que son los más apropiados para cada uno de ellos.¹¹ La forma más común de discriminación por género se presenta en el sentido de que el género masculino, se asume como superior o mejor que el femenino, mostrando una clara desigualdad entre ambos, ya sea en aspectos laborales, domésticos, educativos, económicos, así como de participación en la vida pública (por tanto menos voces que expresen sus necesidades), etc. Estas realidades se traducirán en menos oportunidades y por tanto en una reducción del ejercicio pleno de sus derechos en diferentes ámbitos. También hablamos de una discriminación que se revela en violencia física y psicológica, y en el caso particular a ser estudiado, en un notable reflejo en la legislación de nuestro país y el mundo. Sin embargo, es preciso esclarecer que género y mujer no son sinónimos, ya que éste también enfoca los roles que le han sido asignado a los hombres.

Es esencial citar la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Contra La Mujer de 1979¹² (CEDAW), la misma que estipula:

Art. 1: A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotara toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades

¹⁰ Cfr. R. WEST, *Género y Teoría del Derecho*, Ediciones Uniandes, 2000, p. 29.

¹¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 29-32.

¹² Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, resolución 34/180 de Asamblea General del 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, ratificada por el Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

ACOSTA VARGAS, anota que esta Convención diferencia la discriminación de hecho y de derecho y de ahí su importancia. La primera, indica la autora, tiene que ver con situaciones concretas en las que se produce una pérdida de derechos (la desventaja social). Por su parte, la discriminación de derecho es la “contenida en los textos normativos, de los cuales se derivan distinciones que desfavorecen a las mujeres”.¹³

En seguida, pasaremos a dar una sintetizada explicación, citando a MARGRIT EICHLER¹⁴ y a ALDA FACIO, de conceptos importantes con respecto a la discriminación contra la mujer:

El término sexismo, hace referencia al hecho de creer en la superioridad de lo masculino basado en la sumisión de lo femenino. Esta particularidad genera una “situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función natural, y única”.¹⁵

Cabe indicar que existen una serie de manifestaciones de sexismo que pueden ser aplicados a las normas jurídicas, tema central del presente trabajo. Éstas son, el androcentrismo; la sobregeneralización y/o sobrespecificación; la insensibilidad al género; el doble parámetro; el deber ser de cada sexo; el dicotomismo sexual y el familismo, las mismas que explicaremos brevemente a continuación:

El androcentrismo, es una manifestación usual de sexismo, que tiene que ver con que las personas tomen al hombre como modelo esencial de lo humano y así, vean al mundo únicamente desde esta perspectiva. Este concepto se ramifica en dos términos más, la misoginia y la ginopia. La primera es producto de un odio, repudio o desprecio a lo femenino¹⁶, y, la segunda, es una invisibilización de lo mujeril o de la no aceptación de su autonomía¹⁷.

Aunque parezca complicado creerlo, estos tipos de androcentrismo son más frecuentes de lo que pensamos. Sin embargo, “las mujeres estamos tan acostumbradas

¹³ G. ACOSTA, *Mujeres en el Tercer mundo, Mujer, Violencia y Derechos Humanos*, [Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África](#) IEPALA, 1991, p. 69.

¹⁴ M. EICHLER, *Non Sexist Research Methods*, Allen & Unwin, Inc., Winchester, 1988. citada por A. FACIO, *Cuando el Género Suena Cambios Trae*, primera edición, ILANUD San José, 1992, p. 77.

¹⁵ A. FACIO, *Cuando el Género Suena Cambios Trae...op.cit.*, p. 23.

¹⁶ Cfr. *Ibíd.*, p. 25.

¹⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 25.

a que se nos desprecie o invisibilice, que no nos damos cuenta de las muy variadas formas en que se nos niega la pertenencia al género humano o peor aún, de cómo se nos niega la existencia misma”¹⁸.

Por otra parte, para hablar de la sobregeneralización, vemos que FACIO nos indica, que tiene lugar cuando los estudios realizados en alguna ciencia en particular, no se llevan a cabo tomando a las mujeres como parte de las muestras. Así, se estudiará solamente la conducta del sexo masculino, pero se validarán los resultados como si fuera de ambos sexos. También es posible evidenciar casos de sobregeneralización cuando no esté claro o resulte complicado determinar sobre qué sexos se ha ejecutado determinado estudio. El concepto de sobreespecificidad, muy al contrario, sólo toma en cuenta a un sexo en características o intereses que en realidad implican a los dos.

La insensibilidad al género, se da cuando, por ejemplo, en los estudios de leyes no se considera a la variable de género, como válida. De esta manera, no se pueden identificar ni los problemas, ni las soluciones que tengan que ver con este tema en particular.

Por otro lado, la idea del doble parámetro, implica que “una misma conducta, una situación idéntica y/o características humanas, son valoradas o evaluadas con distintos parámetros o distintos instrumentos para uno y otro sexo, fundamentadas precisamente en el dicotomismo sexual y en el deber ser de cada sexo”.¹⁹ Esto se puede ejemplificar con la aplicación de criterios distintos dentro de las jurisprudencias en casos similares pero diferenciándose porque los implicados sean hombres o de mujeres.

El deber ser para cada sexo, como otra manifestación de sexismo, trata sobre creer que por el hecho de ser hombre o mujer, van a existir ciertas conductas o también características humanas determinadas o más apropiadas para cada uno. Por otra parte, el dicotomismo sexual va a afirmar que tanto mujeres como hombres son completamente opuestos y diferentes.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 24.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 89.

Por último, el familismo, involucra una relación automática de la mujer con la familia, hasta el punto de tomarla como sinónimos, olvidándose de su independencia y autonomía²⁰.

Luego de lo expresado, consideramos necesario establecer, de manera muy somera, los significados de feminismo, machismo, marianismo y patriarcado, lo que generará una mejor comprensión de los mismos dentro del contexto del trabajo:

El feminismo, más allá de ser demonizado y tildado de extremista, no es más que una cosmovisión, una doctrina, un movimiento político y social, que entiende a “las mujeres como colectivo humano oprimido, explotado y dominado por el colectivo de hombres en el patriarcado bajo sus distintas fases históricas”.²¹ En este sentido, su lucha no radica en ambicionar ser como el sexo masculino, sino en un cuestionamiento al control y a la división del poder desde la perspectiva de género:

El feminismo sostiene que las mujeres de todas las clases, razas, etnias, edades, discapacidades, creencias, opciones sexuales, etc., son discriminadas, subordinadas y oprimidas en razón de su sexo: que tienen experiencias, vivencias y necesidades que no son tomadas en cuenta ni satisfechas y que para eliminar esa discriminación y subordinación y para satisfacer sus necesidades, se requieren cambios profundos en la distribución del poder político, económico y social entre los sexos.²²

FACIO indica que el feminismo “toma ideas y posturas del liberalismo, de la izquierda, de los movimientos antiesclavistas, anticolonialistas, ecologistas, de los Derechos Humanos etc., para llevarlas a planteamientos más objetivos y más abarcadores de la realidad humana ya que incluyen a la otra mitad del género humano”²³. Como menciona esta autora, los feminismos tratan de cambiar el estatus social y jurídico de las mujeres, insertándose en las relaciones de poder de los géneros.

Sin embargo, la clave de nuestro estudio, será observar como estos feminismos son quienes juzgan al Derecho y a su comportamiento como fiel guardián del patriarcado.

²⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 96.

²¹ *Ibíd.*, p. 31.

²² *Ibíd.*, p. 31.

²³ A. FACIO, *Hacia otra teoría crítica del Derecho*, en *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO, Conamu, Quito, 2000, p. 16.

El machismo, por su parte, “asume al hombre como paradigma de lo humano, él es superior a la mujer, por lo que goza de privilegios en la sociedad y la familia”.²⁴ Esta palabra es utilizada en el lenguaje común para referirnos a las manifestaciones de sexismo antes presentadas.

Por su parte, MARTÍNEZ CALCERRADA, explica que es “aquella ideología que considera al sexo masculino superior al femenino, lo que supone cierta marginación de la mujer en la sociedad, conduce a la seria reflexión de auscultar si, a finales de este siglo XX, persiste aún esta patología”.²⁵

El marianismo, por otro lado, es una figura que inserta la idea de rendir culto a la superioridad espiritual femenina. Así, su máxima representación viene a ser Madre Virgen María “en quien se encarnan simultáneamente el ideal de crianza, maternidad y castidad”.²⁶ Este concepto va a ser primordial al momento de analizar el porqué de normas penales tales como el estupro, donde se necesitaba que el sujeto pasivo del tipo penal del estupro sea, exclusivamente, una mujer virgen y/o honesta.

El patriarcado es, simple y llanamente, “el gobierno o autoridad del patriarca”²⁷, así como de los “ancianos bondadosos cuya autoridad provenía de su sabiduría”.²⁸ No obstante, este término es utilizado para dar a conocer las relaciones de poder y jerarquía en la que ahora los hombres, ya no denominados patriarcas, mantienen con relación a las mujeres. De esta forma, es el feminismo radical, quien se apropia del término, para el análisis de la realidad:

Es una forma de organización política, económica, religiosa y social basada en la idea de autoridad y liderazgo del varón, en la que se da el predominio de los hombres sobre las mujeres; del marido sobre las esposas; del padre sobre la madre, los hijos y las hijas; de los viejos sobre los jóvenes y de la línea de descendencia paterna sobre la materna. El patriarcado ha surgido de una toma de poder histórico por parte de los hombres, quienes se apropiaron de la sexualidad y reproducción de las mujeres y de su producto, los hijos, creando al

²⁴ L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional...* op.cit., p. 122.

²⁵ L. MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El Machismo en el Derecho, Sociología jurídica de la igualdad*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 2.

²⁶ L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional...* op. cit, p.122.

²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Patriarcado” en *Diccionario Ideológico de la Lengua Española "Julio Casares"* citado por A. FACIO, *Cuando el Género Suena...*, op. cit., p. 21.

²⁸ G. WILLS, *La Mirada Feminista, ¿Para qué sirven las gafas?* En N. VARELA, *Feminismo para principiantes*, Ediciones B, Madrid, 2004, p. 176.

mismo tiempo un orden simbólico a través de los mitos y la religión que lo perpetúan como única estructura posible²⁹.

La idea se refiere a que el padre, como cabeza de familia, no sólo controla el ámbito del hogar, sino que esta misma jerarquía se refleja en la estructuración de todas las instituciones de la sociedad, dejando a las mujeres en segundo plano.

Inmediatamente después de haber explicado estos conceptos y sin tener el afán de haberlos agotado en cantidad y contenido, resultará menos complicado el evidenciar a la discriminación, con respecto al tema en cuestión, en distintas esferas de la sociedad.

1.2 La mujer y su lucha contra la discriminación

Para discutir sobre la historia mundial de las mujeres, haría falta un estudio técnico, que analice a profundidad el tema. Con esta salvedad, el presente título, no pretende abarcar con todo aquello que se pueda exponer sobre mujeres en la Historia, pero sí tratará de dar un alcance corto, de la visión que se ha tenido de ellas.

FERNÁNDEZ Y GALLEGO expresan que “para hablar hoy de los obstáculos para el ejercicio de los derechos de las mujeres, es necesario tener presente otra lectura de la Historia, una más completa y menos sesgada”³⁰. Concordando con las autoras, agrego que es importante, centrarse en un tiempo y un espacio, para no aspirar inútilmente el agotar todo el tema en cuestión. Aclarado esto, podemos afirmar que los cambios más visibles y registrados, son los del sector femenino en Europa y por este motivo son los que desarrollaremos de manera más amplia³¹.

Para comenzar, insertaremos la idea de que las mujeres, durante mucho tiempo, fueron invisibles y silenciadas. Estas dos particularidades, pueden inferirse a partir de

²⁹ *Ibíd.*, p. 177.

³⁰ Traducción Personal: “To speak today of obstacles to the exercising of the rights of women, it is necessary to bear in mind another reading of history, more complete, and less slanted”, C. FERNÁNDEZ Y M. GALLEGO, *Exercising Rights: Obstacles for Women*, en G. OÑATI, *The Implementation of equal rights for men and women*, Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1991, p. 43.

³¹ Es preciso aclarar, que no se han realizado muchos estudios sobre mujeres y su evolución en la sociedad, tanto en América Latina así como en el Ecuador. Por este motivo, es que se toma de referencia al caso europeo. De esta forma, nos remitiremos a las ideas del libro VEGA E. *La mujer en la Historia* 3ra edición, Anaya, Madrid, 1996.

que no se dispone de un récord histórico oficial y completo de sus vidas, necesidades y problemas.

Como dato curioso, cabe mencionar que durante el siglo III d.C., Diocleciano, por motivos fiscales, ordena el recuento de las mujeres, es decir, da lugar a nuestro primer censo. Asumo que antes de esta situación, no se había considerado necesario una medida como esta, en el mundo occidental, ya que no éramos parte de la vida pública.

Entre los siglos IX y XIII, la mujer europea de la Edad Media, tenía un estamento caracterizado por su nacimiento y el matrimonio. También eran las encargadas de dirigir los conventos y las abadías. Por su parte, las campesinas y campesinos estaban a merced de las órdenes del señor feudal. En estos tiempos, gracias a la gran expansión económica del siglo XIII y la crisis del XIV y del XV, aparecieron los mercaderes y artesanos.

Durante este período, la mujer estuvo confinada a obedecer a sus parientes hombres, así como a su esposo. Por lo mismo, en las familias más privilegiadas, se determinaba desde su nacimiento con quien habría contraer nupcias en un futuro. Por otro lado, en el entorno de familias más humildes, el matrimonio demoraba un poco más, porque se debía reunir la dote, la misma que llegaba a adquirirse desde servir de doméstica en algún domicilio, hasta tener que trabajar de prostituta. Cabe mencionar que aunque la esposa era propietaria de sus bienes, su marido los administraba. Muchos de los derechos que se habían alcanzado por la expansión de las ciudades, como el antes mencionado, así como los laborales, cerrando claro está el acceso a los gremios, se perdieron en el siglo XVI.

A mediados del siglo XIV, la mujer se vuelca al hogar, se le impide el ingreso a la universidad y no se le permite heredar feudos. De esta manera, en la Baja Edad Media, los hombres gozaban completamente del poder de la época.

En tanto, en la Alta Edad Media, las mujeres eran sometidas a matrimonios arreglados y a la educación en conventos, pero también fue el blanco de la poesía y amor cortés. Sin duda, estas situaciones se daban a nivel de la mujer noble. También hablamos de mujeres que no mantenían mayor contacto con sus hijos, ya que éstos eran entregados a nodrizas para que cuiden de ellos.

Las campesinas, con otra realidad, estaban muy ligadas al trabajo doméstico y agrícola. Para finalizar la Edad Media podemos tomar de modelo a Juana de Arco, quien por dirigir el ejército en la Guerra de los Cien Años, vestida de hombre, fue quemada en la hoguera.

La mujer en la Edad Moderna, desde el Renacimiento a la Revolución Francesa, juega un papel más doméstico que antes. Separadamente, el Concilio de Trento de 1545, agudiza el control de la moralidad. Este escenario resulta muy importante ya que durante este tiempo se toma a la mujer desde una dualidad, por un lado es Eva la pecadora, y por otro la Virgen María, casta, pura y humilde.

En los siglos XVI, XVII y XVIII tenemos a una mujer encargada de la casa, del aspecto agrícola, la manufactura, así como de la función de partera. Sin embargo, no podemos olvidar que se les pagaba salarios bajísimos y si se las consideraba, era en razón de representar una mano de obra más barata que el sector masculino.

A finales del siglo XVIII la mujer se consagra como madre y es ligada completamente al rol de ama de casa, dividiendo así las actividades de hombres y mujeres, los primeros a la esfera pública y las segundas a la privada.

Las mujeres, por otra parte, fueron partícipes de diferentes revueltas, entre ellas la Revolución Francesa. Sin embargo, ellas fueron utilizadas por los movimientos de masas pero nunca integradas a la elite política. Como sabemos, la Revolución de 1789, fue una lucha que reivindicó principalmente derechos de hombres, no en vano Olympe de Gouges en 1791, elabora “la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana” en contestación a la conocida declaración de los hombres y por esta hazaña, es condenada a muerte. No obstante, esta fue la faceta donde existió la oportunidad de empezar a luchar por los derechos políticos y su posición en el estado civil.

Durante la Edad Contemporánea, de la mano de la Revolución Industrial, las mujeres continuaban dedicándose a lo doméstico pero también a la industria textil, del papel, de ladrillos y tejas, a lo que se sumó, los duros trabajos de la minería. Sin embargo, los bajos salarios de estas actividades promovieron la prostitución, aunque esta situación siempre existió.

Por otra parte, se institucionalizó la presencia de nodrizas y niñeras como parte de la ayuda doméstica en la clase burguesa. En el ámbito de la agricultura, la aparición de maquinaria dejó prácticamente de lado a las mujeres.

Las nuevas ocupaciones del siglo XIX eran la de dama de compañía, institutriz, enfermera y dependienta. En trabajos como este último, ya se empezaban a observar las diferencias laborales, ya que no se les permitía quedar embarazadas y se asumían largas jornadas de trabajo de entre diez y once horas. En este siglo también se empiezan a insertar en el mundo de las oficinas y la administración, pero sin cuestionamiento lo que más costo tuvo fue el ingreso pleno a la educación, que no se dio hasta el siguiente siglo.

Por su parte, es preciso tomar en cuenta a las luchas sindicalistas, así como al movimiento obrero, ya que también fue representado por mujeres, aunque esta particularidad fue difícilmente aceptada. A raíz de esta nueva participación se abren los sindicatos de mujeres junto con el apoyo de los grupos feministas.

Por otro lado, cabe recordar que las mujeres burguesas se mantenían relegadas al hogar, al esposo y a los hijos, aunque aquellas de mayores posibilidades económicas delegaban muchas de estas ocupaciones a las nodrizas. Es necesario puntualizar, que a pesar de las circunstancias o el ámbito social, lo que siempre se mantuvo fue la subordinación conyugal de la mujer hacia el hombre.

Es durante la segunda mitad del siglo XIX, cuando las reivindicaciones feministas sobre voto (vgr. Las Suffragettes), trabajo, igualdad ante la ley, etc., se hacen escuchar. Así, en 1848 se lleva a cabo la Primera Convención sobre derechos de la mujer, en la ciudad de Nueva York.

A principios del siglo XX, específicamente en el año de 1913, Francia promulga avanzadas leyes de prestaciones y subsidios familiares. En este sentido, dichas asignaciones eran pagadas de manera directa a estas mujeres dada a su alta tasa en la fuerza de trabajo. Aunque el progreso en esta materia se extendió a países como Suecia, Gran Bretaña y Noruega, en un momento dado, el pago se transfirió nuevamente a los hombres. Además en este siglo, la lucha de las mujeres toma potencia gracias a la liberalización del trabajo doméstico y a la necesidad de su incorporación real al mundo laboral.

La Segunda Revolución Industrial, la Primera Guerra Mundial, la instauración del Primer Régimen Socialista y la Segunda Guerra Mundial, son momentos históricos que movieron y transformaron a las mujeres en gran medida.

El llamamiento al trabajo femenino entre 1914 y 1918, aunque coyuntural, hizo que muchas mujeres lucharan por quedarse en dichos puestos llegando, silenciosamente, a valorar la mano de obra femenina. Así, para el año 1939 las mujeres ocupaban los lugares que los hombres, en razón de la guerra, habían dejado vacantes. Se dice que las mujeres eran más activas en países socialistas, que en los capitalistas³² y que la dignificación del trabajo femenino ayudó a una inserción laboral asalariada.

La introducción de electrodomésticos y las familias menos numerosas gracias a los métodos de planificación familiar, fue disminuyendo la labor supuestamente natural de las mujeres con respecto al hogar. Pese a estas novedades, un nuevo movimiento de liberación femenina continuaba con la búsqueda de la liberación de la mujer del ámbito doméstico, así como la lucha del sufragismo.

A finales de los años 60 se continúa cuestionando los roles femeninos en la sociedad y en respuesta, las tendencias del feminismo se van ampliando. Por su parte, el Decenio de la Mujer (1975) da a conocer no sólo la necesidad de legislación, sino de medidas prácticas que propugnen y permitan a las mujeres ejercer plenamente sus derechos.

Para tomar en cuenta la realidad fuera de Europa, tenemos algunas vivencias de las mujeres latinoamericanas. Sin afán de abarcar con toda su diversidad, podemos nombrar que en el mencionado siglo XX, aparecen en la Historia, como actrices de diferentes escenas.

Algunos autores instan a que dichas mujeres responden más que a una lógica política, a una lógica del afecto. Esto se manifiesta en las primeras denuncias de madres, abuelas, y familiares en general de desaparecidos, torturados durante las represiones de las dictaduras militares (Jelin, 1996). Estas circunstancias, dice el autor ayudan a que las mujeres anhelan el retorno a la democracia y por tanto lleguen a tener una conciencia más clara de la vida pública³³.

³² Cfr. VEGA E. *La mujer en la Historia...*, op. cit., p. 74.

³³ Cfr. A. FACIO, *Hacia otra teoría crítica del Derecho*, en *Las fisuras del patriarcado...* op. cit., p. 54.

No obstante, en el caso específico del Ecuador, podemos hablar de un papel primordial de las mujeres ecuatorianas en las luchas independentistas por reivindicar sus derechos sociales y políticos. De esta forma, como bien lo menciona COBO, existen mujeres muy significativas del movimiento indígena de la primera mitad del siglo XX como Dolores Cacuango, Tránsito Amaguaña, etc. También tenemos a Matilde Hidalgo de Prócer, la primera mujer en votar en el año 1924. Nueve años más tarde, se aglutinan las mujeres en organizaciones de izquierda, y es con la influencia de la Iglesia, que aunque se enfatiza el ámbito político femenino, también y de manera más enérgica, el de su participación activa dentro del hogar.³⁴

Estimo forzoso indicar que otro modo de manifestación del reaccionar femenino frente a la realidad social y política del Ecuador de esos tiempos, fue el insertarse de lleno en la lucha en contra de las represiones sistematizadas. Esto llevó a que tantas mujeres de izquierda, no sólo en nuestro país, sean torturadas, desaparecidas y exiliadas. Por otro lado, el sector femenino se organiza, dada la rebeldía y el desacuerdo con los ajustes de las políticas neoliberales. Ellas se organizaron para dar soluciones prácticas a sus problemas, dando un alcance más general a sus quehaceres domésticos y haciéndolos para su barrio y comunidad. Ya para los años 90, la democracia era el régimen imperante de los países y se tenía el nuevo reto de incorporar en los propios Estados, las demandas del género femenino.

Para finalizar, cabe recalcar que las mujeres han sido relegadas de la Historia Mundial, ya sea porque se consideraba que su papel no era lo suficientemente importante, o porque fueron precisamente los hombres, quienes fungían de autores y exclusivos escritores de la misma. La indiferencia al mundo privado o la poca valoración al trabajo femenino, fueron factores que impidieron que seamos tomadas en cuenta.

Sin embargo, y pesar de las dificultades, las mujeres en la Historia nos han demostrado que es posible abrirse campo y ser protagonistas de un relato escrito por todos y todas.

³⁴A. COBO realiza un trabajo para la clase Género y Sociedad Segundo Semestre 2008, USFQ donde cita a ANA MARÍA GOETCHEL, *Principios del Feminismo en el Ecuador*, Conamu, Comisión de Género, Flacso, Unifem, Quito, 2006.

1.3 La discriminación hacia las mujeres en el sistema jurídico

El presente título tiene como objetivo el mostrar cómo los distintos modelos jurídicos, no han recogido las necesidades reales, como tampoco los derechos de las mujeres y en caso de haberlo hecho, lo concibieron vagamente. Para este cometido, pondremos en evidencia, sin afán de ser exhaustivos, ejemplos de discriminación que se hayan suscitado en el Código de Hammurabi, como en los modelos romanístico, anglosajón y napoleónico³⁵, para terminar con ejemplos de la normativa ecuatoriana.

1.3.1 El Código de Hammurabi

Para iniciar la exposición tenemos el Código de Hammurabi, el mismo que fue entregado por el dios Samash al rey Hammurabi de Babilonia. Este cuerpo legal, del Próximo Oriente Antiguo data del año 1692 a.C y recogía la normativa existente en las ciudades de aquel imperio. De estas leyes hemos encontrado que:

Si una mujer odia a su marido y afirma "No harás uso carnal de mí", se determinarán los hechos de su caso en un juicio y, si se ha mantenido casta y sin falta en tanto que su marido es convicto de abandono y agravio, esa mujer no sufrirá castigo, tomará su dote (*sberiktu*) y marchará a la casa de su padre.³⁶

A pesar de que se estipule que la dote era de la mujer, ella no podía administrarla independientemente. Los encargados de esta labor eran su padre o su esposo. En general, se cree que en medio del tipo de castigos, sí existía un mínimo respeto a las mujeres³⁷. Sin embargo, es notable que las mujeres de ese entonces, tenían

³⁵ E. RUSSO, *Teoría General de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 231-271.

³⁶ P. RIVERO, *El Código de Hammurabi*, Universidad de Zaragoza, Proyecto Clío, <http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>, consultado el 20 de Abril 2008.

³⁷ Ejemplos de leyes que se hayan promulgado en el Código de Hammurabi en el tema de mujeres:
Ley 38: Oficial, soldado y feudatario o recaudador de impuestos no pueden transmitir por escrito a su mujer o hija, nada de sus campos, huerta o casa de su administración feudataria, ni serán dados por sus deudas.

Ley 110: Si una sacerdotisa que no viva en el claustro, ha abierto una taberna de vino de dátiles con sésamo, o ha entrado para beber vino de dátiles en la casa de vino de dátiles con sésamo, a esta mujer liberal se la quemará.

Ley 128: Si uno tomó una mujer y no fijó las obligaciones, esta mujer no es su esposa.

Ley 129: Si una casada es sorprendida yaciendo con otro hombre, se los atará y se los arrojará al agua. Si el marido deja vivir la esposa, el rey dejará vivir a su servidor.

un estatus legal de niños incapaces de juicio propio y por ende no gozaban de un real derecho de propiedad y necesitaban que un hombre administre sus bienes.

Otro razonamiento que pudiésemos dar con respecto a este supuesto, se da en razón de que de igual forma, se estipulaba la superioridad del esposo frente a su esposa. Aparte, podemos encontrar normas como las siguientes:

Si un hombre ha abusado de una virgen que vive con su padre, él será condenado a muerte y ella quedará libre, Si un hombre acusa sin pruebas mujer de haber dormido con otro hombre, ella puede justificar su inocencia con un juramento e irse a casa de su padre....³⁸

Ley 155: Si uno eligió novia para su hijo y su hijo la ha conocido, y luego él se acostó con ella y ha sido sorprendido, se lo arrojará al agua.

Ley 156: Si uno eligió novia para su hijo y el hijo no la ha conocido, y se acostó con la novia de su hijo, pesará media mina de plata para ella y le devolverá íntegramente todo lo que ella había aportado de la casa de su padre, y ella se casará con el que quiera.³⁹

De esta manera, vemos que en estos tiempos ya encontrábamos la sacralización de la virginidad y la injerencia del derecho en temas de adulterio y sexualidad de las personas. El abusar de una virgen, el tener relaciones sexuales entre novios, implicaba necesariamente un castigo.

Ley 130: Si uno violó la esposa de otro, que no había conocido al hombre y habitaba en la casa de su padre, y se ha acostado sobre ella, si es sorprendido este hombre sufrirá la muerte, y la mujer quedará libre.

Ley 131: Si a una mujer, el marido la ha echado y si ella no había sido sorprendida en adulterio, jurara ante dios, y volverá a su casa.

Ley 132: Si uno ha dirigido su dedo contra la mujer de otro a causa de otro hombre, y si ella no ha sido sorprendida con el otro hombre, a causa a su marido (para apaciguarlo), ella se arrojará al dios río.

Ley 133a: Si uno ha sido tomado prisionero y en su casa hay de qué comer (su esposa no saldrá de la casa, guardará su bien y no entrará en casa de otro).

Ley 133b: Si esta mujer no guardó su bien y entró en casa de otro, esta mujer es culpable y se la arrojará al agua.

Ley 172b: Si los hijos pretenden hacerla salir de la casa, los jueces decidirán lo que hay detrás (su conducta) y castigarán a los hijos. La mujer no saldrá de la casa de su marido., *Código de Hammurabi*, disponible en: http://es.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi:_Leyes_101_a_150, consultado el 26 Abril 2008.

³⁸HILDA, *El Código de Hammurabi* disponible en <http://www.laguia2000.com/edad-antigua/el-codigo-de-hammurabi>, consultado el 20 de Febrero 2008.

³⁹*Código de Hammurabi Leyes 151 a 200*, disponible en: http://es.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi:_Leyes_151_a_200, consultado el 20 de Febrero 2008.

1.3.2 Modelo romanístico

Nuestro ordenamiento jurídico, como el de muchos países, tiene una influencia directa de las instituciones romanas. Sería ambicioso intentar abarcar con todos los períodos que distinguen los romanistas tales como: el *ius quiritium*, *ius civile*, *ius gentium*, *ius civile novum* y el *ius novum*, incluida la vigencia de este derecho en la Edad Media y la Edad Moderna hasta el siglo XIX. Por este motivo, abordaremos aspectos importantes de este sistema jurídico:

En primer lugar, podemos retomar a RUSSO, cuando explica que este derecho “fue casuístico, pragmático, acumulativo definidor más de acciones que de derechos”⁴⁰.

En este sentido, IGLESIAS revela de manera muy clara, la posición de las mujeres en la época romana:

La posición jurídica de la mujer es muy inferior al hombre. No sólo carece de capacidad para participar en las tareas políticas, sino que sufre graves limitaciones dentro de la esfera privada. En efecto, no puede ejercer la *patria potestas*, ni puede tampoco-salvo particulares excepciones en la época justiniana- ser tutora de impúberes y adoptar hijos. Igualmente le está vedado intervenir como testigo en un testamento, figurar en juicio por otros-*postulare pro aliis*-, entablar una acusación pública y contraer obligaciones en favor de terceros-*intercedere pro aliis*, en los términos del S.C Veleyano, del año 46 de C.-. una ley Voconia, del 169 a.C., limitó su capacidad de suceder por testamento y limitado fue asimismo, por obra de la jurisprudencia, su derecho de sucesión legítima o ab intestato. La mujer se halla siempre sometida a una potestad familiar: la *patria potestas*, si es *filiafamilias*; la *manus*, si es esposa y la tutela, si es *sui iuris*. La tutela de la mujer *sui iuris*, cualquiera sea su edad, tiene el carácter de perpetua, hasta que desaparece totalmente en el Derecho posclásico y justiniano⁴¹.

Por otra parte, resulta importante resaltar que en estos tiempos, las mujeres no podían enajenar la *res Mancipi* (un tipo de propiedad); también estaban sometidas, ya sea a la tutela especial o la perpetua si no eran vestales, ingenuas o libertas. Ya para la época de Adriano, las mujeres podían testar pero *auctoritas tutori*.

Luego esta síntesis importantísima basada en IGLESIAS, podemos citar la Ley de las Doce Tablas o *Lex Duodecim Tabularum*. Este cuerpo legal data de los años 451 y 450 a.C., y fue redactado por diez decenviros. Como sería de esperarse, este cuerpo

⁴⁰ E. RUSSO, *Teoría General de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 232.

⁴¹ J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Ariel Derecho, 14ª edición, 2002, p. 93.

legal, tiene estipulada la autoridad del pater familias. En este sentido, las mujeres quedaban relegadas a mantenernos a merced del padre, para luego pasar a la autoridad del esposo.

Por su parte, si tratamos el Corpus Iuris Civilis, o Código del Emperador Justiniano⁴², el estatuto de la mujer continua siendo discriminatorio aunque los temas de tutela van cambiando. Por otra parte, el matrimonio se consideraba un consorcio de toda la vida, por tanto la figura de la sumisión se mantenía vigente.

1.3.3 Modelo Napoleónico

Por otro lado, tenemos el caso del modelo napoleónico, con su respectivo Código. Este cuerpo normativo, base del Código Civil de Andrés Bello y por tanto del ecuatoriano y que data del año 1804, mantiene de cierta manera las instituciones romanas discriminatorias y, peor aún, retrocede con respecto de algunos derechos, como algunos contractuales. Está claro que recoge los principios de la Revolución, pero como ya hemos comentado, estos fueron la propiedad, la libertad, la fraternidad y la igualdad de hombres que reunían ciertas características.

De esta manera, el hogar era el lugar donde se establecía la patria potestad paterna, el matrimonio como contrato desigual⁴³ y la necesidad de que el esposo autorice para que su esposa venda, hipoteque o done cualquier propiedad.

De igual modo, se diferenciaba el tratamiento del divorcio y del adulterio por el hecho de ser hombre o mujer.⁴⁴ Así, las mujeres accedían al divorcio sólo en el caso de que el marido “llevara a su concubina al domicilio conyugal”⁴⁵.

⁴² B. RODRÍGUEZ DE FONSECA, *El Digesto del Emperador Justiniano*, Colegio de Abogados, Madrid, 1878.

⁴³ A. VALCÁRCEL, *La Primera Ola* en N. VARELA, *Feminismo para Principiantes*, Ediciones B, Madrid, 2004, p. 42.

⁴⁴ I. SANTAMARÍA, *Napoleón el tirano reformador*, Enero 2006 disponible en <http://www.muyinteresante.es/reportajes/napoleon-el-tirano-reformador.html>, consultado el 30 de Enero 2008.

⁴⁵ A. VALCÁRCEL, *La Primera Ola* en N. VARELA, *Feminismo para...op. cit.*, p. 34.

1.3.4 Modelo Anglosajón

El sistema anglosajón, o *common law*⁴⁶, surge posteriormente al romanista y a diferencia de este, se desarrolló en tres grandes períodos. El primero tenía que ver con el señor feudal y tuvo lugar hasta el siglo X; el segundo que se da hasta el siglo XIX es donde se inserta la idea del derecho común y por último, ya en el siglo XIX y XX es donde la Corte Suprema de los Estados Unidos toma el protagonismo. De esta la idea del sistema de proclamar como pilar fundamental, las jurisprudencias de sus tribunales. Este modelo contiene precedentes que aparte de precursores, han poseído un avance bastante importante con respecto a la defensa de los derechos de las mujeres.

Para ilustrar de mejor manera lo antepuesto, hemos localizado algunos ejemplos dentro de los Estados Unidos de Norteamérica, que dan muestra de cómo ha sido el tratamiento que se le ha dado al tema de discriminación.

En el ámbito normativo se manifiesta el Acta de Derechos Civiles de 1964 donde en su Título VII, se establecen los términos de igualdad de condiciones laborales entre hombres y mujeres y las prohibiciones sobre estereotipos ofensivos.

En relación a jurisprudencia hemos encontrado algunos ejemplos:

- *Carroll v. Talman Federal S & L Association of Chicago* (604 F. 2d 1028, 1979): En esta sentencia podemos ver el trato discriminatorio con respecto a las mujeres trabajadoras y el uso de uniformes que no era imperativo para los hombres de la misma empresa.
- *Weeks v. Southern Bell Telephone & Telegraph Company* (408 F.2d 228, 1969): En esta sentencia se trata el tema de que no se haya considerado una solicitud para guardaguja por parte de una mujer en razón de su sexo y se admite que esta fue una medida discriminatoria.

En adición a estas muestras, Estados Unidos es un país pionero por haber aceptado en el año de 1869 en Iowa a la primera mujer abogada. Por su parte, en Wyoming se otorgó el derecho al voto femenino en el mismo año (1920 recién en todo

⁴⁶ E. RUSSO, *Teoría General de Derecho*,...op. cit., p. 236.

el país)⁴⁷. Sin embargo, cabe señalar que no es hasta 1990 donde en la constitución de los Estados Unidos, se incluye el principio de la igualdad entre sexos (Sineau, 1993)⁴⁸

1.3.5 Derecho Ecuatoriano

Luego de esta breve descripción global, consideramos necesario subrayar la discriminación que sobrellevaban las mujeres en ciertas normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para esta labor nos centraremos en el ámbito civil y penal de nuestra legislación.

1.3.5.1 Materia Civil

Muchos aspiran justificar este tipo de normativa, afirmando que la desigualdad de estas instituciones se daba porque se creían “naturalmente justas”⁴⁹. En este sentido, podemos ver que durante mucho tiempo se estableció la distinción entre cónyuges con la supremacía del marido, manifestada en un primer Código Civil (1961). En este mismo cuerpo legal, se establecía a las mujeres como incapaces relativas y por tanto limitadas en su actuar, ya que no podían aspirar a celebrar contratos, tener la administración de su patrimonio o de la sociedad conyugal, ni tampoco podían ser tutoras ni curadoras.

Por su parte, en temas de familia, hijos, divorcio, adulterio también reflejaban discriminación ya que los privilegios y control eran supeditados a los hombres y las mujeres quedaban en indefensión con respecto de sus derechos.

Resulta fundamental hacer una pausa sobre la obligación civil que asumía la mujer para con su marido al momento de contraer matrimonio. De esta forma, se hablaba de un “debitum conyugale” estipulado respectivamente en los artículos 134 y 135.

⁴⁷ Cfr. VEGA E. *La mujer en la Historia* ... p. 42

⁴⁸ Cfr. A. FACIO, *Hacia otra teoría crítica del Derecho*, en *Las fisuras del patriarcado...* op. cit., p. 27.

⁴⁹ A. FERNÁNDEZ Y E. GIBERTI, *Violencia y Conyugalidad*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1989, p. 80.

Así, “la mujer debía a su marido el débito sexual conyugal cuando él a bien tuviere y tratándose de engendrar hijos, el placer sexual era para la mujer solo una utopía”.⁵⁰ Del mismo modo, le debía obediencia absoluta en todo sentido.

De esta manera, podemos relacionar esta figura con el fundamento del domicilio:

La finalidad de garantizar la obligación de los cónyuges de vivir juntos, convivencia que implica el débito conyugal; es decir que por el matrimonio los cónyuges están obligados a mantener relaciones sexuales, ninguno podía negarse a cumplir con ese deber, pues la procreación constituye la finalidad esencial de matrimonio; situación que ha permitido que en ambos casos la mujer sea sometida por la fuerza y obligada al acto sexual...⁵¹

Es fundamental precisar que a pesar que la igualdad ante la ley ya se considere en la Constitución de 1830, las normas del Código Civil no fueron derogadas y se mantuvo tanto su aplicación como una real práctica en la sociedad ecuatoriana.

Es durante los años 70 donde se realizan ciertos cambios sobre la legislación de nuestro país dando paso a que el 18 de agosto de 1989 se transforme radicalmente la situación jurídica de las mujeres en el Código Civil. De manera más específica podemos señalar que con la apertura de la mujer en la familia y la referida reforma, se va concediendo, de modo supletorio, la patria potestad a la madre, así como otros derechos.

Por su parte, el tema del Derecho de Familia, cambia el sesgo de género por una visión más amplia y preocupada tanto de la paternidad como de la maternidad. También encontramos una especial protección a las jefas del hogar y la estipulación de corresponsabilidades de padre, madre y Estado y sanciones en caso de no cumplirlas.

1.3.5.2 Materia Penal:

Para adentrarnos al tema de normas penales discriminatorias de nuestro país, creemos necesario, de primera mano, abordar el tema de las mujeres en el Derecho

⁵⁰ L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional...*, p. 124.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 187.

Penal en general. De esta manera, nos aproximaremos a una construcción histórica que da sentido a la manera en que las mujeres son vistas y juzgadas en esta materia.

En este caso, como apunta BIRGIN, podemos ver que “el poder penal, tanto en su definición como en su ejercicio práctico- representa, en manos del Estado, el medio más poderoso para el control social”.⁵² Siguiendo este razonamiento, podemos inferir que este sistema penal como dice la autora, va a tener y a reflejar una visión prefabricada sobre el género lo que conlleva a que esta rama del derecho se vuelva en sí misma, un medio claro de control social, en este caso, sobre las mujeres y su sexualidad⁵³.

No obstante, si partimos de la época de la Inquisición, podemos comprobar que durante siglos XII y XIII, tanto el sistema inquisitorial como el punitivo, trajeron consigo una tarea conjunta de “fortalecimiento de la estructura patriarcal y la consiguiente subordinación de la mujer, como capítulo indispensable de su disciplinamiento social, corporativo y verticalizante”.⁵⁴ Comparto el análisis de ZAFFARONI, cuando explica que este adoctrinamiento era necesario para que la transmisión de la cultura no se vea puesta en peligro, y sea disciplinada en todos los ámbitos, y de manera especial el ámbito sexual de las mujeres.

De esta forma, la Inquisición fue la manifestación más orgánica del poder punitivo recién nacido. ZAFFARONI nombra a Kramer y Sprenger, como los redactores del Manual de la Inquisición aprobado por el papado, el llamado “Malleus Maleficarum” (El Martillo de las Brujas, 1484).

En este documento, anota el autor, se daba una clara explicación de cómo las mujeres eran más propensas al mal, ya que habían sido creadas a partir de una costilla del hombre, ésta es curva y por tanto, contraria a la rectitud del varón. Por otro lado, también se inventó que *fémica* venía de la etimología de “menor fe”. De esta manera, el *Malleus Maleficarum* estipulaba que, “la voluntad humana se inclina al mal en personas que son biológicamente inferiores, porque son más débiles”.⁵⁵ Aquí, podemos

⁵² H. BIRGIN, *Las Trampas del Poder Punitivo*, El género del Derecho Penal, CEADEL Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p.11.

⁵³ Cfr. *Ibíd.*, p. 12.

⁵⁴ E. ZAFFARONI, *El discurso Feminista y el Poder Punitivo* EN *Las Trampas del Poder Punitivo, El género del Derecho Penal*, CEADEL Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 23.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 24.

observar que las mujeres eran consideradas como proclives al delito ya que se las estimaba como inferiores.

Por otra parte, resulta interesante mencionar que en la época de LOMBROSO, las mujeres criminalizadas resultaban ser presas virilizadas, es decir “el poder punitivo de su tiempo seleccionaba mujeres conforme al estereotipo de la mujer virilizada como desviada de su cometido de hembra sumisa y doméstica”⁵⁶ De esta forma, evidencia como en un primer momento somos las causantes del mal, para luego pasar a ser las víctimas que necesitan protección.

Ya en los años 70, autores como BARATTA, expresan que podemos encontrar estudios criminológicos que tomen en cuenta la desigualdad femenina en los códigos penales. En este sentido, las criminologías feministas, tratan la cuestión criminal desde su visión y los temas de mujeres surgen. Esto, sin embargo, no resultó ser suficiente y la reflexión crítica de esta rama del Derecho, continuó en aumento⁵⁷.

A partir de este recuento, es preciso ubicarnos en nuestro país, para observar la clara importación que se tiene del pensamiento penal androcéntrico de la época de LOMBROSO, así como del tiempo de BARATTA. La legislación italiana, cabe recalcar se influenciaba de la belga, la misma que mantenía los preceptos de la Inquisición vivida en Europa Occidental. En este sentido, podemos comprender que a partir de la normativa penal italiana, se traspolaba la visión androcéntrica de la mujer hacia el Código Penal Ecuatoriano. Este cuerpo legal posee normas como las del aborto, estupro, etc., que dan fe de la visión y tratamiento discriminatorio. Para poner un ejemplo, podemos referirnos al tipo penal del antiguo Art. 27, mismo que fue suspendido por el Tribunal de Garantías Constitucionales, que mencionaba lo siguiente:

Asimismo es excusable la infracción que comete una persona al sorprender en acto carnal ilegítimo a su hija, nieta o hermana, ora mate, hiera o golpee a la culpable, ora al hombre que yace con ella⁵⁸.

Cabe recalcar que algunos autores defendían esta norma por la justificación de que son los “estados pasionales trascendentales, como el amor, los celos, el orgullo, la

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 28.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 39

⁵⁸ Suspendida por Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, publicada en el Registro Oficial No. 224 de 3 de julio de 1989.

moral del padre”⁵⁹ los que imperaban a la hora de la reacción al acto de la mujer. En mi intento de comprenderlos concuerdo con VALLADARES, que no hacían más que atentar directa y atrozmente con el derecho a la vida, integridad, igualdad y libertad de las mujeres.

Así, podemos ver que la materia penal, reclamaba a gritos, reformas de sus tipos penales. No en vano, para el año 1998 se reformaban sustancialmente tipos como el acoso sexual, la violación, el proxenetismo y se despenalizaba la homosexualidad. Como veremos más adelante, en el año 2005 también se realizan reformas importantes en el tema de delitos sexuales, como es el caso del estupro.

Sin embargo, resulta polémico reconocer que el análisis androcentrista del derecho penal, es también un mecanismo para evidenciar que, lo que hace el poder punitivo es tratar de “tranquilizar” los discursos antidiscriminatorios, como el feminista. En este sentido, como menciona ZAFFARONI, el poder punitivo pone trampas tratando de incorporar y reconocer los derechos para legitimarse, pero a su vez no hace más que entregar un diploma de víctima, a las mujeres y detiene ahí su accionar.⁶⁰ Para ilustrar de mejor manera este razonamiento, este autor lo ejemplifica cuando habla de reformas penales legales como la de “eliminar el requisito de honestidad en el estupro y reemplazarlo por el elemento subjetivo de ánimo de aprovechar o abusar de la inexperiencia sexual de la víctima”.⁶¹

1.4 Los avances en la legislación ecuatoriana

Para concluir este título, hemos considerado importante no sólo tomar en cuenta las falencias del sistema sino también citar los avances que se hayan hecho con respecto al tema de mujeres en la legislación ecuatoriana:

1970: se da la reforma del Código Civil en los aspectos sobre potestad marital y en la clasificación de los hijos.

1979: se suscribe la CEDAW.

⁵⁹ Cfr. L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional...* op.cit., p. 128.

⁶⁰ Cfr. ZAFFARONI, *El discurso Feminista y el Poder Punitivo* EN *Las Trampas del Poder Punitivo...* op. cit., p.36.

⁶¹ *Ibíd.*, p.37.

1982: se institucionalizan las uniones de hecho garantizando derechos importantes tanto para hombres como para mujeres, aunque considerando únicamente a parejas heterosexuales.

1983: Ley 43, es la que permite una mejora sobre los términos de la sociedad conyugal.

Principios de los 90: Reformas sustanciales para las mujeres en relación al Código del Trabajo.

1992: Reforma el Código de Menores.

1994: Ley de Maternidad Gratuita y su reglamento.

1995: Ley 103 contra la Violencia a la Mujer y la Familia; Ley de Fomento, Apoyo y Protección a la Lactancia Materna; Reformas al Código Penal.

2000: Reformas al Código de Procedimiento Penal; Ley de Elecciones; Ley de Amparo Laboral.

En el ámbito más institucional, se crean las Comisarías de la Mujer, el Consejo Nacional de Mujeres, la Comisión de la Mujer en el Congreso Nacional y la Defensoría de la Mujer adjunta a la Defensoría del Pueblo.

1.5 Tratamiento del derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la libertad de las mujeres en el sistema internacional de protección de los derechos Humanos.

Para continuar con el desarrollo de la presente tesina, es preciso adentrarnos al Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos y observar cómo éste se ha encargado de recoger el tema de género en sus documentos. Siguiendo esta idea, es importante tomar en cuenta precedentes sobre igualdad y no discriminación tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como del Tribunal Europeo (ECHR por sus siglas en inglés) que resuelve sobre la misma materia. Por otra parte, tomaremos en consideración ciertos informes de la Organización de Estados Americanos (OEA), como otros documentos de esta misma categoría que se hayan realizado sobre el tema en instituciones relevantes.

Para retomar el caso del estupro, tanto el antiguo como el vigente, podemos observar que el mismo, no ha sido materia de un análisis profundo que investigue cabalmente su aspecto discriminatorio y violatorio a los derechos humanos. En este sentido, consideramos relevante indagar sobre las normas internacionales vigentes para lograr demostrar tanto la violación a la Constitución como a dichos tratados internacionales de derechos humanos.

Para que sean más comprensibles los comentarios que se tengan al respecto del estupro, estimamos necesario el citarlo, tanto al tipo penal antiguo, como al actual:

Art. 509.- Llámase estupro la cópula con ***una mujer honesta***, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.

Art. 509 reformado. Llámase estupro la cópula ***con una persona***, empleando seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.⁶²

1.5.1 El Ecuador y los instrumentos internacionales de derechos humanos

Es menester recalcar que el Ecuador, mediante la Carta Política de 1998, se ha obligado a cumplir con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ya que lo toma como su más alto deber (Art. 3,16). También ha afirmado que garantiza sin discriminación alguna su libre y eficaz ejercicio y goce (Art. 17), incluyendo aquellos que se estipulen en los instrumentos antes mencionados y que éstos serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad (Art. 18).

Tal es la importancia que gozan estos derechos que se deberán interpretarse como más favorable a su efectiva vigencia y la falta, restricción de ley o desconocimiento, no serán justificativas para violentarlos. Por otra parte, se trata de no limitarlos, ya que los derechos que estén señalados expresamente, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona (Art. 19).

Luego de estas puntualizaciones, podemos analizar que bajo las teorías sobre equiparación legal, la supraconstitucionalidad o la subconstitucionalidad, se trata el tema de la jerarquía de los tratados internacionales con respecto a la Constitución. Si nos enfocamos al caso particular de las normas de derechos humanos, pudiéramos

⁶² Código Penal del Registro Oficial. No. 22 del mes de enero de 1971, con la respectiva reforma del 23 de junio 2005.

afirmar que poseen el mismo rango y por tanto, pueden ser invocados como tales, a tenor de la siguiente norma constitucional:

Artículo 163. Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Por otra parte, no hay que olvidar que los tratados de derechos humanos, no son cualquier tratado multilateral tradicional, como lo sugiere TOJO⁶³, ya que gozan de una naturaleza especial, que tal y como lo ha mencionado la Corte IDH:

Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁶⁴

1.5.2 El contexto de los derechos de las humanas

Ahora bien, se dice que la relevancia en el escenario internacional del movimiento feminista se da durante la Década dedicada a las Mujeres, como iniciativa de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el año de 1975 con su consigna de “igualdad, desarrollo y paz”⁶⁵. De esta manera, se establece en México la I Conferencia sobre la Mujer que sin duda, marca un hito y da paso a la realización de las siguientes conferencias llevadas a cabo para tratar temas de importancia sobre mujeres.

Sin embargo, es interesante resaltar el criterio de ROMÁN, cuando critica que en 1993 durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada en Viena por la ONU, todavía haya sido necesario el que en su Declaración, se asevere que “los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de

⁶³ Directora del CEJIL/ SUR (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) disponible en http://www.eclac.cl/mujer/reuniones/Bolivia/Liliana_Tojo.pdf , consultado el 1 de Mayo 2008.

⁶⁴ L. TOJO, *Igualdad y No Discriminación: Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en http://www.eclac.cl/mujer/reuniones/Bolivia/Liliana_Tojo.pdf , consultado el 1 de Mayo 2008.

⁶⁵ C. DEERE Y M. LEÓN, *Género, Propiedad y Empoderamiento: Tierra, Estado y Mercado En América Latina*, segunda edición, Quito, 2002, p. 137.

los derechos humanos”⁶⁶. Es de opinión del mencionado autor, que debería resultar más que evidente que los derechos de la mujer pertenecen al amplio campo de los derechos humanos. En este sentido, concordamos con su criterio y no por eso desvalorizamos la afirmación, aunque no podemos obviar que resulta peligroso que a finales del siglo XX y a las puertas del siglo XXI, la conciencia social moderna, no tenga asumida por completo esta idea.

Por otra parte, y antes de detallar los documentos pertinentes al tema, podemos afirmar, como lo hace FRIES, que las mujeres de grupos organizados dan importantes aportes conceptuales básicos, teóricos y prácticos para el avance de los derechos humanos⁶⁷:

- Se redefine a los y las sujetos de los Derechos Humanos. Lo que fragua la labor feminista es el replanteamiento de los personajes, dejando atrás la visión etno y androcentrista.
- Asimismo da cuenta de la participación de las mujeres en el espacio público y privado. De esta manera, se evidencia que los Derechos Humanos deben protegerlas en ambos, ya que de lo contrario, no cumplirían con su carácter de indivisibles e interdependientes.
- Por otra parte, se da una transformación en la visión de los Derechos Humanos, la misma que se abstiene de especularlos como una mera concepción jurídica, y la empieza a considerar como una verdadera cultura de los Derechos Humanos. De esta forma, los movimientos de mujeres, junto con el desarrollo instrumental de la ONU, logran que los Estados pasen a ser garantes y también posibles violadores de los Derechos Humanos.
- Por último, tenemos que las mujeres lucharon por su incorporación al derecho al desarrollo (MED). En este sentido, el considerar que las mujeres eran más ignorantes, atrasadas y subordinadas, les impedían de una manera más fuerte entrar al mundo moderno, en relación a los hombres. Así, se da a conocer la presencia de las mujeres en la esfera de lo laboral y agrario. Se

⁶⁶ J. ROMÁN, *Los Derechos de la Mujer* F. Servicios Públicos Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, p. 55.

⁶⁷ Cfr. L. FRIES, *Los Derechos Humanos de las Mujeres: Aportes y Desafíos*, en *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO, Conamu, Quito, 2000.

desarrollan una serie de investigaciones y se da soluciones a las falencias existentes.

En este sentido, la formalización de los derechos fue uno de los logros que se ha obtenido, a raíz del consenso al que se llega en determinado momento, para sentir como necesarios los documentos de protección hacia las mujeres.

Por otro lado, también es necesario acotar que los derechos de las mujeres pueden tener una secuencia relevante. Esta sería: la autovaloración, la afirmación, la promoción, la tutela y la reivindicación de los mismos. Sus características, menciona OCHOA, es que son inherentes al ser humano, universales (se extienden a todos y todas sin distinción), se derivan de la propia naturaleza humana y que son irrenunciables, imprescindibles, indivisibles, interdependientes y que su fin claro, es asegurar el desarrollo pleno y digno de la persona⁶⁸ Sin embargo, es notable que entre la igualdad de iure y la de facto existe una gran brecha⁶⁹.

1.5.3 El derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la libertad de las mujeres en los instrumentos internacionales de derechos humanos

Ahora bien, en este punto, es necesario retomar la normativa internacional, universal y regional, pertinente al tema. De esta forma, poseemos aquellas reglas que instan y declaran la igualdad y no discriminación.

En este sentido, cabe esclarecer que la “no discriminación” viene a ser una de las manifestaciones que adopta el principio de igualdad en los modernos textos constitucionales⁷⁰, aunque como abordaremos más adelante, otros los llaman las distintas caras de una misma moneda.

Para finalizar realizaremos unas puntualizaciones sobre las normas que garantizan la libertad de todos los seres humanos, hombres y mujeres, sin distinción.

⁶⁸ Cfr. O. OCHOA, *Mujeres en el Tercer mundo, Mujer, Violencia y Derechos Humanos*, IEPALA, Quito, 1991, p. 123.

⁶⁹ Cfr. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, *Los Derechos Humanos de las Mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional*, San José, 2004, p. 73.

⁷⁰ RUBINZAL, “Discriminar” en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana Tomo IV* Rubinzal- Culzoni Editores, UNAM, 2007, p. 814.

En primer lugar, es preciso hacerlo tomando en cuenta el sistema universal de derechos humanos que con sus mecanismos convencionales y extraconvencionales⁷¹ han analizado y desarrollado el tema de los derechos de las mujeres.

De esta manera, a Carta de las Naciones Unidas de 1945⁷², proclama la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (preámbulo). De la misma forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁷³ (DUDH), declara que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Art. 1). Cabe mencionar que la DUDH estipula de manera más específica las características que no pueden ser tomadas en cuenta en aras a aplicar acciones discriminatorias. Estas son la raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (Art. 2). Y lo aclara una vez más cuando se afirma que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (Art.7).

De igual forma, cabe mencionar que la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1951 (OEA)⁷⁴ establece que “los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (Art. 3.I). Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷⁵ del mismo año que la DUDH, expresa que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (Art. I).

⁷¹ Cabe recalcar que en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos se cuenta con la órganos específicos para la protección de las mujeres tales como: la Comisión Jurídica y Social de la Mujer como parte del Consejo Económico y Social, La División para el Adelanto de la Mujer como parte del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer o Comité CEDAW, así como la Relatoría Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre Violencia contra la Mujer

⁷² Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco el 26 de junio 1945, *entrada en vigor*: 24 de octubre de 1945.

⁷³ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>, consultado el 20 diciembre 2007.

⁷⁴ Carta de la OEA, entrada en vigor 13 de diciembre de 1951, disponible en <http://www.oas.org/Juridico/spanish/carta.html>, consultado el 20 de diciembre 2007.

⁷⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

Asimismo declara que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna” (Art. II).

En referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966⁷⁶, vemos que los estados parte se comprometen a respetar los derechos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Art. 2). Esto presenta una evidente garantía a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente pacto (Art.3). Por su parte, la igualdad a la ley es parte también de este instrumento (Art. 26).

En el ámbito regional resulta elemental, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969⁷⁷, ya que en referencia a este instrumento es que los ciudadanos y ciudadanas ecuatorianos están habilitados para acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para pedir que ésta sancione y pida la restitución de los derechos humanos que se demuestren violados⁷⁸. En este sentido, los Estados están comprometidos a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Art. 1). A mi parecer, es básico que se agregue que el estado parte tiene el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en este caso por disposiciones legislativas para hacer efectivos los derechos y libertades (el Art. 2). Por su parte, dicho instrumento trata a la igualdad a la ley, lo que implica la no discriminación y por tanto la igual protección de la ley (Art. 24).

⁷⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en *vigor* el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49,

⁷⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el día 22 de Noviembre de 1969, el Ecuador la ratifica el 8 de Diciembre de 1977 y la deposita el 28 de Diciembre del mismo año.

⁷⁸ El Ecuador aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH el 24 de julio de 1984

En relación a la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993⁷⁹, podemos observar que “la mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole (Art.1). En este mismo sentido, tenemos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer "Convención de Belém do Pará” que estipula que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (Art. 1). También agrega que las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia, estableciendo que esto implica ser libre de toda forma de discriminación (Art. 6). La primera vez que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aplica esta convención fue en el caso Maria da Penha Maia Fernandes⁸⁰ sobre violencia doméstica.

En el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966⁸¹, vemos que se utiliza la fórmula de la no discriminación en razón de ninguna de las condiciones de raza, sexo, idioma etc. (Art. 2) y establece que los estados parte se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales (Art.3).

Resulta trascendental retomar la importancia de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), citada anteriormente ya que ha sido calificada como la “Carta Magna”⁸² de los derechos de las humanas. En este instrumento los estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y acuerdan en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la

⁷⁹ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993

⁸⁰ CIDH, Informe Final n. 54/01, Caso 12.051, 16 de abril de 2001.

⁸¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y con entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm, consultado el 18 de diciembre 2007.

⁸² G. VARGAS, *Los derechos humanos y los derechos de las mujeres*, pp. 135-157 en *Mujeres en el Tercer mundo Mujer, Violencia y Derechos Humanos* ...op.cit., p. 140.

discriminación contra la mujer (Art. 2). En este caso, con respecto del estupro, hablamos de tomar medidas apropiadas incluso de carácter legislativo (Art. 3). Un sentido similar, pero en relación exclusiva a la violencia en contra de las mujeres, la Convención de Belem du Pará establece la necesidad de este tipo de normas (Art. 7).

Por tanto, es deber de los mismos estados el tomar medidas para modificar los patrones socio-culturales de conducta que están fundados únicamente en estereotipos de inferioridad de las mujeres (Art.5).

En relación a la citada Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993⁸³, podríamos entender que el tratamiento del estupro en toda su historia hasta el año de 2005 ha sido una forma de “violencia contra la mujer” ya que basado en la pertenencia al sexo femenino ha podido tener como resultado un daño o sufrimiento psicológico para la mujeres, o la privación arbitraria de su libertad, tanto si se ha producido en la vida pública como en la vida privada (Art.1). Por su parte, la referida declaración estipula que la mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole.

LAMBERTI, indica que este instrumento tiene una importancia tal, ya que atribuye la violencia de género, siendo esta física, sexual o psicológica, como violación de derechos humanos. A su vez, se recomienda a los Estados signatarios a implementar políticas públicas y cambios legislativos para dichos fines⁸⁴. En el caso de la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer de 1948⁸⁵, se conviene que los Estados Americano otorgarán a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre (Art. 1).

Por otro lado, como se sostuvo anteriormente, creemos necesario nombrar que separadamente del derecho a la igualdad y no discriminación, las mujeres, así como todos los seres humanos, gozan del derecho a la libertad, tomándola como un concepto ligado a la autodeterminación. Éste viene a ser el derecho que permita a las

⁸³ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993 consultada el 15 de diciembre 2007.

⁸⁴ S. LAMBERTI, *Matrimonio y Violencia Invisible contra la Mujer en Violencia Familiar y Abuso Sexual*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

⁸⁵ Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer Firmada en Bogotá, el 30 de abril de 1948, disponible en www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-45.html consultado el 12 de enero 2008.

mujeres, determinar el camino que quieran seguir en sus vidas, sin imposiciones de ningún tipo ni parámetros a seguir de lo que supuestamente nos hace buenas y honorables. De esta manera, la DUDH manifiesta que todo individuo tiene a la libertad (Art. 1). Por su parte, este mismo documento estipula que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación” (Art. 12). Entonces, el estado ecuatoriano, por ninguna vía, peor aún la legislativa, puede tomar parte en las decisiones de una mujer con respecto a sus derechos humanos.

Cuando la norma penal se inmiscuye en tratar el tema de la virginidad y honestidad de una mujer, a mi parecer, es una injerencia arbitraria a su vida privada y juzga de cierta manera, opciones o cualidades que están fuera de su competencia. Por otra parte, creo pertinente mencionar que esta arbitrariedad legislativa de haber mantenido vigente una norma de este tipo, da lugar a la violación de uno de los derechos establecidos en este instrumento ya que indica que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” (Art. 28).

Así, el Ecuador, está obligado a establecer un orden social interno en el cual los derechos de las mujeres y sus libertades, sean reales y no solamente letra muerta.

En el delito de estupro se coartan y coartaban derechos y libertades e intrínsecamente trata de establecer un pensamiento moralista tradicional (¿moral de quienes?) sustentado en el creer que tanto la mujer como el hombre tienen un rol específico que cumplir, vedándole de salir del mismo.

Por otra parte, y siguiendo con el análisis de la libertad, vemos que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad” (Art. 29). En este sentido, mi pregunta en relación a esta afirmación, representa un reproche al Estado y la comunidad. Entonces, si todas las mujeres deben cumplir con determinados deberes, ¿por qué se daba protección a un bien jurídico el cual sólo es ostentado por un cierto grupo de mujeres, es decir, por qué protegía solamente a mujeres vírgenes u honestas? ¿Era la virginidad u honestidad un factor que, en ausencia del mismo, ameritaba a que una mujer sea susceptible la desprotección del Estado? ¿Por qué la inexperiencia sexual

convertía a la mujer en titular del derecho a no ser engañada o seducida para llegar al acto sexual?

En este sentido, sería más fácil entender que este tipo penal era y es obsoleto cuando asumimos que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás (Art. 29).

En este sentido, el límite legítimo y la moral justa de una sociedad democrática no estaban siendo aplicados, ya que el disfrute de los derechos y libertades de las mujeres estaba siendo otorgado de manera subliminal. La restricción a ejercitar realmente sus derechos estaba cercada por las concepciones androcéntricas de la sociedad.

Luego de exponer estos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, algunos específicos sobre mujeres y otros más generales, podemos observar que la supuesta igualdad ante la ley que se proclama no es aplicada por nuestro país, ya que la norma del estupro, no sólo discriminaba a los hombres de ser estuprados, sino que impone una desigualdad de la mujer condicionándola a determinadas actitudes que son juzgadas por la sociedad. Pudiéramos reflexionar que esta norma, en lugar de proteger a los y las ciudadanas contra la discriminación, más bien la establece y lo hace sin argumento jurídico alguno sobre discriminación positiva, sino con meros pensamientos retrogradas y tradicionales sobre la sexualidad y la feminidad.

Además, cabe decir que es de opinión de FACIO, que pesar que la DUDH incluya el derecho a la igualdad, y en él, a las mujeres, el referente siguieron siendo los hombres, ya que muy olvidados quedaron derechos como los sexuales y reproductivos del género femenino.

Por otro lado, creemos substancial el aclarar que esta falta de aplicación de los instrumentos internacionales con respecto del caso especial de estupro, no desmerece la existencia dichos documentos, por el contrario, se insta a ponerlos en práctica cabalmente.

Cabe mencionar que existen una serie de documentos a los que no hemos referencia por su especialidad en otros temas. En este sentido, tenemos, entre otros, a

la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986⁸⁶ y la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952⁸⁷. En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo podemos nombrar a los siguientes convenios:

- N°45 Relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas.
- N°100 Relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.
- N°111 Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

A manera informativa y por ser documentos claramente vinculantes para nuestro país, creemos relevante el nombrar las fechas de ratificación de los instrumentos más importantes con respecto a los derechos de las mujeres:

- ✓ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR): 06 Marzo 1969.
- ✓ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR): 06 Marzo 1969
- ✓ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR-OP1): 06 Marzo 1969.
- ✓ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): 09 Noviembre 1981.
- ✓ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Para": 30 Junio 1995.
- ✓ Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW (CEDAW-OP): 05 Febrero 2002
- ✓ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: 17 Septiembre, 2002.

Por su parte, existe también el trabajo realizado por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) que en su

⁸⁶ Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, disponible en:

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/74_sp.htm, consultada el 10 diciembre 2007.

⁸⁷ Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, abierta la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952 entrada en vigor: 7 de julio de 1954, de conformidad con el artículo VI, disponible en:

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/22_sp.htm, consultada el 13 de diciembre 2007.

capítulo Ecuador, recoge importantes avances sobre los Derechos Humanos de las Mujeres como por ejemplo el “derecho de tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual”⁸⁸.

El haber mostrado a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como base fundamental del presente trabajo, se da en razón de tal y como lo menciona HERRERA, porque estos han sido uno de los factores determinantes a la hora de los cambios constitucionales y legales desde el año de 1995, hasta la actualidad. Este paraguas viene a ser clave para la “defensa de los derechos humanos de las mujeres establecidos o ratificados en la década pasada (80`s) por el Estado Ecuatoriano”.

Por un lado, tenemos una serie de Declaraciones que en un primer momento, son un gran avance para el tratamiento mismo de la igualdad y no discriminación, así como para la libertad. Sin embargo existe un segundo grupo de documentos como el CEDAW, el Convenio Belém do Pará y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁸⁹ que van más allá. Este nuevo conjunto de normativa no sólo ve las implicaciones del derecho y su declaración, sino cómo no ha servido en mayor medida, que tengamos declaraciones formalmente escritas, si no están realmente implementadas, como bien lo indica el Art. 4 de la CEDAW con sus acciones afirmativas. Por otra parte, en el caso del Estatuto de Roma, se hace hincapié en el tema de la violación a los derechos humanos de las mujeres cuando de invasión a su cuerpo se trata. De esta manera, se hace hincapié en temas como violación, abuso sexual, embarazo forzado, prostitución forzada, etc.

Es preciso comentar que muchas veces se critica estos instrumentos son meramente declarativos o si en el caso de que estos tengan un carácter obligatorio, preocupa que la inexistencia mecanismos de control.

La conclusión de esta sección debe enfocarse sobre un reto muy importante, el mismo que radica en lograr que dichos documentos tengan tal aceptación y vinculación, que los jueces y juezas de nuestro país los puedan aplicar directamente y

⁸⁸ Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) que en su capítulo Ecuador disponible en: www.cladem.org/espanol/nacionales/ecuador/Ecuanticoncept.asp - 50k, consultado el 15 febrero 2008.

⁸⁹Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas

que los ciudadanos y ciudadanas los puedan invocar sin ningún problema, ni dificultad. (De esta manera, se consideraría que nuestra opresión es igual de importante que cualquier otra). Así, la vigencia y la aplicación de los instrumentos internacionales que salvaguardan los derechos humanos de las mujeres serán una realidad y no una utopía.

1.5.4 Igualdad y no discriminación en los pronunciamientos del sistema interamericano y europeo de derechos humanos

Por último, hemos considerado necesario investigar sobre los pronunciamientos más significativos con respecto al derecho de igualdad y no discriminación en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR por sus siglas en inglés), así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

1.5.4.1 El tribunal europeo de derechos humanos (ECHR)

Daremos inicio con un ejemplo de la Corte Europea de Derechos Humanos, que, por ser pionera en sus precedentes, se convierte en una importante influencia para los pronunciamientos que luego se desarrollan en nuestro sistema regional. De esta forma, cabe explicar que durante el avance del presente trabajo no se ha tomado en cuenta su instrumento rector, es decir el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁹⁰, ya que no es aplicable directamente al caso ecuatoriano. Sin embargo, no podemos olvidar que la Corte IDH, puede referirse a sus jurisprudencias y tomarlas en cuenta a manera subsidiaria para sus propios fallos.

El caso E.B v. Francia⁹¹, trata de una mujer lesbiana que aplica para una adopción, la misma que le fue denegada, aunque no expresamente, por su tendencia

⁹⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, abierto a la firma el 4 de Noviembre de 1950 disponible en <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf> consultado el 1 de mayo 2008.

⁹¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Case of Ms E.B. V. France, Application No. 43546/02 Judgment, Strasbourg, 22 January 2008, disponible en:

sexual. En este asunto en particular, la peticionaria alegó que en “cada una de las etapas de la aplicación para la autorización de adopción, surgió trato discriminatorio hacia ella que estuvo basado en su orientación sexual y que ha interferido con su derecho al respeto a su vida privada”.⁹² En este sentido, la ECHR determinó que se violaron tanto el Art. 14, como el Art. 8⁹³ del Convenio Europeo, que tratan sobre discriminación y vida privada, respectivamente. Por su parte, en la valoración del caso realizada por la ECHR podemos encontrar que dicho tribunal al examinar la motivación de las autoridades para la mencionada denegación, ha concluido que ésta se basa en el estilo de vida de la aplicante y a su supuesta condición de soltera (sin reconocer su relación estable y monogámica con una mujer y sin tomar en cuenta que la ley francesa expresamente acepta el derecho de adopción de personas solteras). De esta manera, la ECHR se pronuncia en el sentido que E.B ha sido discriminada, ya que el trato diferenciado que se le aplicó, no tiene un propósito legítimo o una justificación razonable por basarse exclusivamente en su tendencia sexual y por tanto resulta violatoria de sus derechos humanos.⁹⁴

Es necesario resaltar que la ECHR se ha pronunciado sobre la necesidad de determinar los alcances de un trato discriminatorio y su diferencia con un trato desigual. De esta forma, sólo se podrá calificar a un trato discriminatorio cuando

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=FRANCE%20%7C%2014%20%7C%2022%20%7C%20January%20%7C%202008&sessionid=7291258&skin=hudoc-en>, consultado en 26 de Abril 2008.

⁹² Traducción personal de: The applicant alleged that at every stage of her application for authorisation to adopt she had suffered discriminatory treatment that had been based on her sexual orientation and had interfered with her right to respect for her private life, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Case of Ms E.B. V. France...op. cit., disponible en:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=FRANCE%20%7C%2014%20%7C%2022%20%7C%20January%20%7C%202008&sessionid=7291258&skin=hudoc-en>, consultado en 26 de Abril 2008.

⁹³ Article 8. “1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Article 14. “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

⁹⁴ Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Case of Ms E.B. V. France ,párr. 70-98

"carece de justificación objetiva y razonable".⁹⁵ Aquí, pudiésemos recordar a la discriminación inversa citada anteriormente, ya que las discriminaciones legales legítimas de trato desigual tienden a equiparar las diferencias de facto, para así tratar de lograr una igualdad real.

1.5.4.2 La corte interamericana de derechos humanos (Corte IDH)

Para el análisis de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, es preciso tomar en cuenta jurisprudencias, opiniones consultivas, así como informes de la Comisión Interamericana (CIDH) que sean relevantes al tema.⁹⁶ En este sentido, es necesario aclarar el principio de igualdad y no discriminación será el objetivo directo de este análisis.

Primero que nada, es cabal nombrar el caso de María Eugenia Morales de Sierra⁹⁷ contra el Estado de Guatemala, donde ya se ha dicho que el hecho de que se asignen papeles exclusivos a los cónyuges en el Código Civil de ese país, resultó violatorio a los derechos contenidos en la Convención Americana. El informe de la CIDH sobre este caso, aparte de presentar la preocupación sobre las consecuencias de la discriminación, afirma que este tipo de normas dentro de la esfera de la familia, no hacen más que reproducir y mantener la discriminación de facto contra las mujeres. De esta manera, se sostuvo que la aplicación de "nociones estereotipadas del papel de las mujeres y los hombres" no constituye un criterio apropiado para asegurar la igualdad y el adecuado equilibrio de los derechos y responsabilidades entre los hombres y las mujeres en la esfera familiar.⁹⁸ Entonces en referencia a este informe, el estupro perpetúa la noción estereotipada de la mujer y en la actualidad, de las parejas

⁹⁵ Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, p. 34.

⁹⁶ Nos parece relevante mencionar que en el marco del Sistema Interamericano también podemos encontrar la Relatoría Especial sobre la Condición de la Mujer, la misma que se encarga de verificar la armonía de las leyes y prácticas de los países con los instrumentos del sistema. A su vez la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) vela por los derechos civiles y políticos del sector femenino y data del año 1928. De igual manera, es preciso tomar en cuenta al Instituto Interamericano de Derechos Humanos y sus respectivos estudios respecto de derechos de las humanas.

⁹⁷ CIDH, Informe de Fondo, N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001.

⁹⁸ CIDH, Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 44.

supuestamente normales y naturales tanto en su composición como en el desenvolvimiento de su sexualidad.

Para continuar el análisis podemos citar a la Corte IDH cuando en la Opinión Consultiva OC-4/84 afirma que:

54. . . .En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.⁹⁹

En este sentido, la Corte deja claro que no es posible que vivan en armonía, normas discriminatorias contra las mujeres, junto con la Convención Americana tal y como sucedió con la norma del estupro.

Por otra parte, considero vital el retomar el voto separado del Juez Rodolfo E. Piza quien en la OC-4/84 ha establecido que la igualdad y la no discriminación son las dos caras de una misma moneda. La igualdad viene a ser la cara positiva, mientras que la no discriminación es la negativa. De esta manera, ambas logran el bien común.¹⁰⁰ No obstante, es fundamental aclarar, como lo hicimos en el caso europeo, que “no toda desigualdad o distinción es ilegítima ni, por ende, discriminatoria”. De esta forma, explica el mencionado magistrado que habría que basarse en tres criterios para determinar si afirmamos que existe una verdadera discriminación: razonabilidad, proporcionalidad y justicia.¹⁰¹

Por otra parte, la Corte IDH ha reconocido las diferencias desde la concepción de los “puntos de partida” ya que en su Opinión Consultiva 16 ha establecido que:

La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de

⁹⁹ Corte I.D.H., [Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización](#), Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 54.

¹⁰⁰ [Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante](#), Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párrs. 10-11.

¹⁰¹ *Ibíd.*, párrs. 53 a 59.

los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.¹⁰²

Con respecto a la noción de igualdad, la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera:

55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.¹⁰³

A partir de esta cita podemos entender de manera clara que las consideraciones establecidas en el tipo penal del estupro, atentan con la dignidad esencial de las mujeres, hombres y personas homosexuales y lesbianas, ya que de alguna manera u otra crea diferencias de tratamiento y reproduce estereotipos que no llevan más que a la discriminación de estos grupos.

Por otra parte, hemos creído necesario analizar el informe de la OEA sobre el Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas¹⁰⁴, en donde encontramos que a pesar de la existencia de la normativa necesaria para salvaguardar los derechos de las mujeres, todavía encontramos focos de discriminación en distintos sectores de la sociedad. En dicho estudio se evidencia que existen vacíos en la legislación y grandes deficiencias en la administración de justicia, pero asimismo han existido esfuerzos por tratar de combatirlos.

En este sentido, este informe nos indica que el principio de no discriminación, posee distintos alcances. De esta manera, puede ser tomado como una especie de control o condena a la normativa, y políticas que limiten el acceso a las mujeres a

¹⁰² *Ibíd.*, párr. 110

¹⁰³ *Ibíd.* párr. 55.

¹⁰⁴ OEA, Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas /Ser.L/V/II. Doc. 68, consultado el 24 de Abril 2008.

ciertas posiciones, por razones de sexo. Por otro lado, se considera en esta investigación, que si se observa este principio más ampliamente, nos enfocaremos en la llamada anti-subordinación. Este concepto se refiere a erradicación de la subordinación femenina para evitar la perpetua jerarquía entre géneros.

Para finalizar el presente título, nos referiremos a la Opinión Consultiva OC-18/30¹⁰⁵, ya que hace referencia a los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley. Del producto de los amicus curia presentados junto con la opinión resultan importantes afirmaciones:

La CIDH expresa que:

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aunque no se pueda probar la intención discriminatoria. Existe consenso en la comunidad internacional en considerar que la prohibición de la discriminación racial y de las prácticas directamente asociadas con ella constituye una obligación *erga omnes*. El carácter de *jus cogens* del principio de no discriminación implica que, por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario. “Si bien, fuera de la prohibición de la discriminación racial, no ha existido hasta ahora el consenso de la comunidad internacional, para considerar la prohibición de la discriminación basada en otros motivos, ello no menoscaba la importancia fundamental y básica que las mismas revisten en todo el ordenamiento jurídico internacional [...]

De lo expresado por las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito:

Más allá de las obligaciones convencionales relativas a la prohibición de discriminación, todos los Estados tienen la obligación *erga omnes*, es decir, ante la comunidad internacional, de impedir cualquier forma de discriminación [...] La prohibición de la discriminación “es un valor esencial para la comunidad internacional, por ello ninguna política interna podría estar dirigida a la tolerancia o permisión de la discriminación en cualquier forma que afecte el goce y ejercicio de los derechos humanos.

¹⁰⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados, 17 de Septiembre de 2003.

De estos pronunciamientos podemos resaltar la idea que la Corte da en relación a la obligación general de respetar y garantizar los Derechos Humanos por parte de los Estados. De esta forma, asumimos que dichas normas al pertenecer al derecho de gentes, deben cumplirse de la manera más efectiva. También, la Corte analiza el principio de igualdad y no discriminación, y establece que existe un vínculo indisoluble entre esta obligación y dicho principio. Los Estados, entonces, están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna y el incumplimiento de estos preceptos sería generador de responsabilidad internacional.

Luego de lo explicado cabría el preguntarse si la discriminación infringida por el Art. 509 del Código Penal ecuatoriano, tanto en su versión antigua como la actual. Posee criterios de razonabilidad y proporcionalidad y adecuación¹⁰⁶ (concurrentemente), como debería para justificar su vigencia.

Primero que nada, la razonabilidad para plantear las distinciones que plantea el tipo penal del estupro, no tienen que ver con los principios de la recta razón, la justicia y del bien común, como menciona PIZA ESCALANTE, sino que su contenido ha sabido pretender una protección que lo que logra es una discriminación por el resultado que da, es decir en un primer caso, el de instaurar un rol específico a las mujeres y por el otro, dejar fuera de una supuesta protección a las personas homosexuales o lesbianas.

Por otra parte, tampoco corresponde al criterio de proporcionalidad, ya que no goza de armonía con respecto de los tratados internacionales, ni la Constitución ecuatoriana. Con respecto a la adecuación, podemos inferir que en una sociedad en la que se consideraba la virginidad un tema de honor familiar, la norma del estupro sobrevivía. Sin embargo, no es hasta el año 2005, donde el tipo penal se reforma, y aún así mantiene su sentido discriminatorio.

¹⁰⁶ *Cfr.* Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 [Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante](#), del 19 de enero de 1984, Serie A No.4, párrs. 12-16.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR SOBRE EL TRATAMIENTO HACIA LAS MUJERES

El análisis de las Constituciones de nuestro país resulta elemental, ya que son estos instrumentos, los llamados a establecer las directrices jurídico-políticas del general funcionamiento del Ecuador. Por otra parte, no podemos olvidar que la legislación secundaria debe regirse y dictarse de conformidad con la Carta Magna, así como de los Tratados Internacionales de los que seamos parte.

La idea, es que la normativa en su totalidad lleve una incuestionable armonía con su mandato supremo y sobretodo, esté desarrollada de la manera más adecuada, es decir, conforme a los derechos de los ciudadanos y ciudadanas.

El presente análisis no pretende, de ninguna manera ser exhaustivo, pero sí lo suficientemente claro en determinar el estatus jurídico de la mujer ecuatoriana en materias de relevancia.

2.1 De las constituciones del Ecuador

Para realizar un breve estudio del tratamiento a las mujeres en el Ecuador, hemos considerado necesario dividir la presente sección en algunos temas donde puede sobresalir ya sea su discriminación, como su tardía inclusión:

2.1.1 La mujer y su invisibilidad.-

A lo largo de la Historia las mujeres han sufrido, lo que muchos llaman una continua “invisibilidad¹⁰⁷ o marginalización en la sociedad y por tanto en los instrumentos jurídicos. En este sentido, muchas de las constituciones de nuestro país durante los siglos XIX y XX han obviado en mayor o menor medida los temas de vital importancia sobre mujeres.

Como primer ejemplo, tenemos a la *Constitución Quiteña* del 15 de febrero de 1812. En este documento a pesar de no ser uno que pertenezca a nuestra época republicana, hemos encontrado, al transcribir parte de su texto, la invisibilidad antes mencionada:

En el nombre de Dios Todopoderoso, Trino y Uno.
El Pueblo Soberano del Estado de Quito legítimamente representado por los Diputados de las Provincias libres que lo forman, y que se hallan al presente en este Congreso, en uso de los imprescriptibles derechos que Dios mismo como autor de la naturaleza ha concedido a los **hombres** para conservar su libertad, y proveer cuanto sea conveniente a la seguridad, y prosperidad de todos, y de cada uno en particular... orden de los acontecimientos humanos la Soberanía que originariamente reside en ellos; persuadido a que el fin de toda asociación política es la conservación de los sagrados **derechos del hombre** por medio del establecimiento de una autoridad política que lo dirija, y gobierne, de un tesoro común que lo sostenga, y de una fuerza armada que lo defienda: con atención a estos objetos para gloria de Dios, defensa y conservación de la Religión Católica, y felicidad de estas Provincias por un pacto solemne...¹⁰⁸

¹⁰⁷ Es preciso esclarecer que un invisible social no es lo oculto, sino un complejo proceso socio-histórico de hechos, acontecimientos, dispositivos producidos y reproducidos en una cultura determinada esto lo menciona: S.LAMBERTI, *Matrimonio y Violencia Invisible contra la Mujer en Violencia Familiar y Abuso Sexual*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 37.

¹⁰⁸ F. TRABUCCO, *Constitución Quiteña del 15 de febrero de 1812 en Constituciones de la República del Ecuador*, Universidad Central Editorial Universitaria, Quito, 1975, p. 13.

Por su parte, es importante señalar que todos los miembros del Congreso Constituyente que dictaron y suscribieron el mencionado documento, fueron únicamente varones.

2.1.2 La mujer y la nacionalidad

En la Constitución de 1830, 1835, 1843 y 1845 la mujer no tiene menciones específicas, más allá de las que tengan que ver con su nacionalidad por el hecho del nacimiento.

Por su lado, tanto la Constitución del año de 1845, 1851 como la de 1852, sólo reconocían a la mujer en su nacionalidad de nacimiento y por naturalización cuando extranjeras se casaren con un ecuatoriano¹⁰⁹.

En este punto, resulta importante nombrar que la Corte IDH se ha pronunciado sobre el tema de la nacionalidad de las mujeres costarricenses y señala:

Este criterio o sistema se ha basado en el llamado principio de la unidad familiar, que descansa en [...] la potestad marital que otorga facultades privilegiadas al marido, por ejemplo en lo referente a la autoridad para fijar el domicilio conyugal o para administrar los bienes comunes. De este modo, el privilegio femenino para la obtención de la nacionalidad se presenta como una consecuencia de la desigualdad conyugal.¹¹⁰

Es en la Constitución de 1861, 1869, 1878 y la de 1884 donde la nacionalidad de la mujer es nombrada únicamente por el nacimiento y ya no por naturalización¹¹¹.

Por su parte, en la Constitución de 1906 tenemos, de igual manera, la mención sobre la nacionalidad de la mujer, aunque no expresa, por su nacimiento¹¹². Sin embargo, se vuelve a tratar el tema de la naturalización, aunque tomando en cuenta su voluntad, en el Art. 12:

¹⁰⁹ F. TRABUCCO, *Constitución 1845, Constitución 1851 (Art. 6) en Constituciones de la República del Ecuador*, Universidad Central Editorial Universitaria, Quito, 1975, pp. 95,151.

¹¹⁰ Corte I.D.H., [Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización](#), Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párrs. 64-67.

¹¹¹ F. TRABUCCO, *Constitución 1861 (Art. 3), Constitución 1878 (Art. 7), Constitución 1884 (Art. 6) en Constituciones de la República del Ecuador...op.cit.*, p. 183.

¹¹² *Constitución 1906 (Art.9) Ibid.*, p. 321.

Son ecuatorianos por naturalización:

5. La mujer extranjera, viuda de extranjero naturalizado en la República, mientras no manifieste voluntad contraria.

En la Constitución de 1929 igualmente se menciona la nacionalidad por nacimiento¹¹³ y también se consideran ecuatorianos a “la mujer extranjera casada con ecuatoriano y la mujer extranjera, viuda de ecuatoriano, cuando no manifestaren voluntad contraria”¹¹⁴. Más tarde, en la Constitución de 1945, se establece que:

Artículo 13.- Ni el matrimonio ni su disolución afectan a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos. La ley establecerá el procedimiento para facilitar a la extranjera casada con ecuatoriano la adquisición de la nacionalidad de su marido. Igualmente, facilitará la adquisición de la nacionalidad ecuatoriana al extranjero que, casado con ecuatoriana, estableciere su domicilio en el Ecuador.

Esto resulta un importante progreso con respecto a la idea de que las mujeres deben seguir la nacionalidad de sus esposos, muchos decían para que sea un mismo ordenamiento jurídico el que rija sus bienes, y derechos y obligaciones en general. Sin embargo, considero que a pesar de esa argumentación objetiva, pudo haberse instituido también por justificaciones patriarcales y de sumisión, tal y como lo determinó la Corte IDH.

En el texto constitucional del año siguiente sólo se nombra la no afectación de la nacionalidad entre cónyuges y se mantiene el nacimiento y la naturalización como medio de obtenerla.

En la Constitución de 1967, tenemos que tampoco se verá afectada la nacionalidad por el matrimonio o por su disolución. Lo que se estipula es que la ley facilitará la naturalización del cónyuge extranjero casado con quien tenga nacionalidad ecuatoriana.¹¹⁵

¹¹³ *Constitución 1929 (Art. 7)*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371296011274891870035/index.htm> consultado el 15 de Febrero 2008.

¹¹⁴ *Constitución 1929 (Art.9)*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371296011274891870035/index.htm> consultado el 15 de Febrero 2008.

¹¹⁵ F. TRABUCCO, *Constitución 1967 (Art.15) en Constituciones de la República del Ecuador...* op.cit., p. 457.

Años más tarde en la Constitución de 1978, la misma que fue codificada en 1997, tenemos la norma de la nacionalidad por nacimiento y naturalización¹¹⁶ sin la afectación del matrimonio o divorcio¹¹⁷. De esta manera, vemos que se da una armonía con las reformas al Código Civil en 1970-1, que transformaron el estatus civil de la mujer.

2.1.3 La mujer ecuatoriana y la ciudadanía

Para la mejor comprensión de este título es necesario realizar algunas apreciaciones: en primer lugar, es de opinión de algunos autores y autoras, que el evitar considerar ciudadanas a las mujeres, fue una de las razones de las cuales estuvimos relegadas de una real vida en sociedad. Así, poco a poco se fue obteniendo ciertas conquistas y alcanzando la ciudadanía civil, política y la social.

En la Grecia, la ciudadanía no sólo se refería a los grupos como la familia o el clan, sino que establecía la organización política del grupo social (Preuss 1996:535). Entonces en la polis griega, la mujer era notoriamente apartada de la posibilidad de ser ciudadana ya que dicha institución estaba determinada exclusivamente para varones.

Esto se mantiene hasta las ciudades medievales, dentro de los llamados “ayuntamientos urbanos” como una institución que vinculase a los habitantes, hombres claro está, dentro de la ciudad. Por su parte, durante la Revolución Francesa visibilizabamos “dos categorías de ciudadanos: activos—varones mayores de 25 años independientes y con propiedades ---, y pasivos—hombres sin propiedades y todas las mujeres, sin excepción”¹¹⁸.

Ya en el siglo pasado, durante los años cuarenta en Inglaterra, se realiza un análisis clásico de la ciudadanía que muestra tres formas concretas:

¹¹⁶ *Constitución 1978 codificada en 1997 (Art. 5)*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12160541941258273098435/index.htm>, consultado el 15 de Febrero 2008.

¹¹⁷ *Constitución 1978 codificada en 1997 (Art. 8)*, *Ibíd.*, consultado el 15 de Febrero 2008.

¹¹⁸ A. VALCÁRCEL, *La Primera Ola* en N. VARELA, *Feminismo para principiantes*, Ediciones B, Madrid, 2004, p. 34.

- Ciudadanía Civil, como su nombre lo indica, trata sobre los derechos civiles que aseguran las libertades del individuo y se la relacionaba con la administración de justicia.
- Ciudadanía Política, los derechos aquí descritos van de la mano con la función legislativa y por tanto las otras instituciones relacionadas con la representatividad.
- Ciudadanía Social, este tipo de ciudadanía se relaciona con aquellos derechos económicos o sociales que intentan que las personas tengan una mínima calidad de vida y para esto estaban relacionadas con la educación y la seguridad social¹¹⁹.

Por otra parte, como lo indica KERBER, la ciudadanía anhelada por las mujeres era muchas veces confundida entre aquella que quería ser parte de la vida pública, con la que vendía su cuerpo en las calles. En este sentido, el tratar de luchar en contra del monopolio sexual del esposo sobre la mujer, así como el monopolio político sobre su propiedad hacía que “no puedan imaginar mujer adulta con sus propias obligaciones para con el estado”¹²⁰

De esta forma, tenemos que en los primeros textos constitucionales, la ciudadanía era otorgada a aquellos que estuvieren casados¹²¹, mayores de dieciocho¹²², veintiún¹²³ o veintidós¹²⁴ años; supieran leer y escribir y tengan propiedades raíces, un valor libre de 300¹²⁵ o 200¹²⁶ pesos o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico, o jornalero.

Estos requisitos expresos de los textos constitucionales, dejaban de lado a las mujeres, que por su falta de educación, autonomía patrimonial y económica no podían cumplirlos, pero incluso cuando las tenían, no calificaban como ciudadanas.

¹¹⁹ Cfr. G. HERRERA, *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO, Conamu, Quito, 2000, p. 16.

¹²⁰ L.KERBER, *No Constitutional Right to be ladies*, Hill and Wang, New Cork, 1998, p. 34.

¹²¹ La mayoría de Constituciones estipulan este requisito.

¹²² F. TRABUCCO, *Constitución 1943 (Art.8), Constitución 1861 (Art. 8) en Constituciones de la República del Ecuador...* op.cit., pp. 73, 183.

¹²³ *Constitución 1845 (Art. 9), Constitución 1878 (Art. 12)* Ibid., p. 233.

¹²⁴ *Constitución 1830,, Constitución 1852*, Ibid., pp. 33, 151.

¹²⁵ *Constitución 1830* Ibid., p. 33.

¹²⁶ *Constitución 1843, Constitución 1845, Constitución 1852*, Ibid., pp. 73, 95, 151.

Por otra parte, cabe resaltar que en la Constitución de 1869, para ser ciudadano, no sólo debías leer y escribir, o cumplir con requisitos de estado civil o edad, sino que aparte se requería ser católico.¹²⁷

Una Constitución que merece una incuestionable mención es la de 1884. Este texto, importando las ideas de la Revolución Francesa, resalta que:

Artículo 9.- Son ciudadanos los ecuatorianos **varones** que sepan leer y escribir, y hayan cumplido veintiún años o sean o hubieren sido casados.

Bajo esta estipulación, se negaba a las mujeres la calidad de ciudadanas y por tanto, todos los derechos, garantías y deberes que esto conlleva.

En la Constitución de 1906, se excluye la palabra varones y el estado civil para poder ser ciudadano. Se mantiene sin embargo, la edad de veintiún años y el saber leer y escribir.¹²⁸

En el texto del año de 1929 tenemos una evocación trascendental, ya que es la primera vez que directa y expresamente se nombra a la mujer como ciudadana:

Artículo 13.- Es ciudadano todo ecuatoriano, hombre o **mujer**, mayor de veintiún años, que sepa leer y escribir.

Esto se mantiene para la Constitución del año 1945, 1946 y de 1967, lo único que cambia es la edad, que pasa a ser los dieciocho años.¹²⁹

La ciudadanía de la Constitución de 1978 codificada en 1997, sólo es nombraba para los ecuatorianos mayores de dieciocho años,¹³⁰ es decir que por primera vez, se incluía a las personas analfabetas para ser ciudadanas.

2.1.4 La mujer ecuatoriana, la política y la administración de justicia.

Por su parte, cuando hablamos de las mujeres y su participación pública, el escenario no es muy alentador. En primer lugar, la familia viene a ser el principal obstáculo que tienen las mujeres para ser parte de estos espacios por el rol determinado

¹²⁷ *Constitución 1869 (Art. 10)* *Ibíd.*, p. 209.

¹²⁸ *Constitución 1906 (Art. 13)* *Ibíd.*, p. 321.

¹²⁹ *Constitución 1845 (Art. 15), Constitución 1967 (Art. 21)*, *Ibíd.*, pp. 95, 457.

¹³⁰ *Constitución 1978 codificada en 1997 (Art. 12)*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12160541941258273098435/index.htm>, consultado el 15 de Febrero 2008.

que se espera de ella. También se lucha contra una percepción errada que da a entender que el hombre está mejor preparado que la mujer para este tipo de cargos y por esto los votos y la conciencia de poder se alejan del sector femenino.¹³¹

En este sentido resulta lógico lo que SALGADO indica a continuación:

Si el movimiento feminista ha denunciado y criticado permanentemente la exclusión de las mujeres de los espacios públicos de toma de decisiones, y si a la vez el género ha construido una tajante división en la que a los hombres se les asigna el espacio de lo público como “naturalmente” propio y a las mujeres el ámbito privado, es obvio que una de las luchas del movimiento feminista se haya dirigido hacia la inclusión de las mujeres y otros sectores históricamente subordinados a los espacios de poder público¹³².

Vemos que a pesar de no excluirlas directamente, las reglas para las dignidades judiciales, legislativas y ejecutivas, así como el derecho a elegir las, estaban sujetos en la mayoría de constituciones, a requisitos que sólo eran posibles, y casi en su entera proporción, con relación a hombres de cierta clase social y educación. Aparte, ellos eran los únicos que “figuran en la vida pública y por ende, quienes podrían ejercerlos o exigirlos”¹³³

En la Constitución de 1830, por ejemplo, para ser diputado se necesitaba ser ciudadano, tener treinta años y una propiedad raíz, valor libre de cuatro mil pesos, o una renta de quinientos, como producto de una profesión científica, de un empleo, o de una industria particular, que como ya revelamos, resultaba ser más dificultoso para las mujeres. Por otro lado, para ser elector se requería:

1. Ser sufragante parroquial;
2. Haber cumplido veinticinco años;
3. Ser vecino de una de las parroquias del Cantón;
4. Gozar de una renta anual de doscientos pesos que provenga de bienes raíces, o del ejercicio de alguna profesión o industria útil.¹³⁴

¹³¹ Cfr. IECAIM, *La Participación de la Mujer en la Política y el poder en el Ecuador*, IECAIM; INSTRAW, Quito, 2003, pp. 229-230.

¹³² J. SALGADO, *Derechos Humanos y Género en el Marco Constitucional Ecuatoriano en “Género y Derecho Constitucional”*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, p. 129.

¹³³ L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional...* op.cit., p. 115.

¹³⁴ F. TRABUCCO, *Constitución 1830 (Art.16) en Constituciones de la República del Ecuador...* op.cit., pp. 47.

Para ser votante en la Constitución de 1852, 1878, 1884 entre otras, vemos que se debía ser ciudadano en ejercicio¹³⁵, etc., limitante directo para las mujeres.

En el caso de querer optar por la presidencia o vicepresidencia tanto en la Constitución de 1830 y 1843 se requería, entre otras cosas, “que estén casados con una ecuatoriana de nacimiento”¹³⁶, lo que de por sí da a entender que excluía a las mujeres que quisieran distinguir este cargo. Es en la Constitución de 1851 donde ya no se estipula esta particularidad.

Si hubiesen deseado inclinarse para ser candidatas para una magistratura de la Alta Corte o ser Magistrado de las Cortes de Apelación, aparte del requisito de edad, se debía tener la profesión de abogada, vedada para las mujeres de ese tiempo.

De similares características, se debía gozar en las constituciones subsiguientes para optar para los cargos de Senadores, Representantes, Diputados de las diferentes Cámaras, Consejeros de Estado, Gobernador, Ministro Secretario de Estado, Magistrados de las Cortes Supremas o Tribunales Superiores. En general, estas dignidades podían ser ostentadas por personas de cierta edad, que variaban según las constituciones, pero recalando siempre su necesidad de ser considerados ciudadanos y tener propiedades raíces, rentas o profesiones en específico, dejando la mayoría de veces fuera a la posibilidad a las mujeres de optar por ellos.

Por su parte, en la Constitución de 1851 consagra que “todo ciudadano tiene el derecho de sufragar en; las elecciones populares, en la forma y con las calidades que determinen esta Constitución y la ley”.¹³⁷

Asimismo en la Constitución del año siguiente, la de 1861 y la de 1869 se estipulaba, junto con la igualdad ante la ley, que todos los ecuatorianos teníamos “opción a elegir y ser elegidos para los destinos públicos, teniendo las aptitudes legales”¹³⁸

Es a raíz de la Constitución de 1897, y la apertura del concepto de ciudadanía, cuando las mujeres pueden pensar en incursionar realmente en la vida pública del

¹³⁵ *Constitución 1852 (Art.17)*, *Ibíd.*, p.151.

¹³⁶ *Constitución 1830 (Art.33)*, *Ibíd.*, p.151.

¹³⁷ *Constitución 1851 (Art.16)*, *Ibíd.*, p.151.

¹³⁸ *Constitución 1869 (Art.8)*, *Ibíd.*, p.230.

Ecuador. Sin duda, la mención específica de la mujer como ciudadana, en el texto de 1929, da total apertura de la mujer para optar por las distintas dignidades.

Gracias a una normativa más garantista de los derechos políticos es que en el año 1924 una joven se inscribe como votante en la Junta Electoral de Machala. Tanto el Ministerio del Interior como el Consejo de Estado ratificaron la aceptación de dicha Junta Electoral.

Es en la Constitución de 1946 donde se establece la ciudadanía de la mujer, lo que trae consigo el derecho que le permite elegir y ser elegida o nombrada funcionaria pública¹³⁹. Sin embargo, es preciso recalcar que en este texto se estipula la obligatoriedad del voto masculino y el facultativo de la mujer¹⁴⁰.

En la Constitución de 1967 también se resalta que para tener aptitud para ejercer los derechos políticos es necesario ser ciudadano¹⁴¹. Tema que para las mujeres no significa una lucha, al menos formal sino más enfocada a la práctica.

Por su parte, este texto constitucional, manifiesta por primera vez el voto obligatorio tanto para hombres como para mujeres, como deber y derecho de los ciudadanos¹⁴².

Para finalizar este tema, es necesario plantear que la participación de las mujeres en el poder, fue uno de los objetivos de la IV Conferencia Mundial de la ONU de donde surge la Plataforma de Acción de Beijing.

2.1.5 La mujer ecuatoriana y el trabajo

El trabajo, en la realidad ecuatoriana, aparecía como un espacio social bastante distante para las mujeres, a menos que esté estandarizado. No en vano OSBORNE menciona que “el trabajo de las mujeres tanto en el hogar como en el mundo del empleo remunerado ha supuesto tradicionalmente cuidar de otros”¹⁴³. En este sentido, las mujeres no están únicamente frente a una clasificación intrínseca de los trabajos que puedan o no realizar, sino que dentro de la esfera laboral son expuestas a constantes

¹³⁹ *Constitución 1946 (Art.17)*, *Ibíd.*, p.405.

¹⁴⁰ *Constitución 1946 (Art.22)*, *Ibíd.*, p.405

¹⁴¹ *Constitución 1967 (Art.21)*, *Ibíd.*, p.516

¹⁴² *Constitución 1967 (Art.70)*, *Ibíd.*, p.516

¹⁴³ K. OSBORNE, *El trabajo de las mujeres... nunca termina en La mujer en el mundo del trabajo*, Ediciones Morata, Madrid, 1993, p.15.

particularidades desde el acoso sexual, remuneración más baja con respecto de los hombres por el mismo trabajo¹⁴⁴, techo de cristal, el rechazo a la reproducción y aunque suene extraño hasta el análisis del rendimiento laboral en los días del ciclo menstrual¹⁴⁵.

En los primeros textos constitucionales, no se hace una mención específica de los derechos laborales de las mujeres, ni el acceso a estos. A nuestro parecer, es a raíz de la Constitución de 1897, con su apertura en relación a la ciudadanía de las mujeres, cuando de entre las garantías a ser salvaguardadas por el Ecuador, se encuentra:

Artículo 18.- Todos gozan de libertad de industria, y, en los términos prescritos por la ley, de la propiedad exclusiva de sus descubrimientos, inventos y obras literarias.

Por su lado, en 1906 se estipula como garantía individual y política para todos los ecuatorianos y ecuatorianas:

Art. 26.12. La libertad de trabajo y de industria. Todos gozan de la propiedad de sus descubrimientos, inventos y obras literarias, en los términos prescritos por las leyes; y a nadie se le puede exigir servicios no impuestos por la ley; ni los artesanos y jornaleros serán obligados, en ningún caso, a trabajar sino en virtud de contrato;

En la Constitución de 1929, con la mención de la mujer en el concepto de ciudadanía también somos directamente titulares de una de las garantías fundamentales del Art. 151.18. “La protección del trabajo y su libertad”.

Es en la Constitución de 1945 donde el trabajo de la mujer, cobra relevancia, aunque con matices de un proteccionismo y discriminación claros:

Artículo 148.- El trabajo en sus diferentes formas es un deber social y goza de la especial protección de la ley. Ésta debe asegurar al trabajador las condiciones mínimas de una existencia digna. El Estado utilizará los recursos que estén a su alcance, para proporcionar ocupación a quienes carezcan de ella.
La legislación del trabajo tendrá carácter orgánico y sistemático.
Las normas fundamentales que reglan el trabajo en el Ecuador son las siguientes:

¹⁴⁴ Cfr. IECAIM, *La Participación de la Mujer en la Política y el Poder en el Ecuador*, IECAIM; INSTRAW, Quito, 2003, p. 17.

¹⁴⁵ Cfr. J BATES, *El Sistema Femenino de Reproducción y el Trabajo en La Mujer en el Mundo del Trabajo*, Ediciones Morata, Madrid, 1993.

- i) La jornada máxima de trabajo será de ocho horas [...] La jornada nocturna será de menor duración que la diurna y remunerada con recargo, y en ella no podrá emplearse a mujeres...
- g) A trabajo igual corresponderá salario igual, sin distinción de sexo, raza, nacionalidad o religión;
- ñ) Protégese especialmente a la madre trabajadora. A la mujer grávida no se la puede separar de su trabajo ni se le exigirán, en el lapso que fije la ley, actividades que requieran considerables esfuerzos físicos. La ley señalará los períodos anterior y posterior al parto en los que aquélla gozará de descanso forzoso y remunerado, sin perder ninguno de los derechos nacidos de su contrato de trabajo. Mientras dure la lactancia, se le concederá el tiempo necesario para alimentar normalmente a su hijo;

En la Constitución de 1946, tenemos que lo relativo al derecho al trabajo, se mantienen las estipulaciones sobre horas, remuneración, etc., del texto anterior, incluida la de la prohibición de emplear mujeres en jornadas nocturnas. También se sostiene la obligatoriedad del trabajo con la libertad de escogerlo, consultando las condiciones de edad, sexo, salud, etc.

En la Constitución de 1967, observamos que en las garantías del trabajo está la dignidad de los trabajadores y que la madre trabajadora será objeto de particular solicitud. La mujer en gravidez no será obligada a trabajar en el lapso anterior y posterior al parto, que fije la ley, durante el cual tendrá derecho a remuneración completa. La madre gozará, además, en la jornada de trabajo, del tiempo necesario para lactar a su hijo.

Por último, en la Constitución de 1978 codificada en 1997, se establece que el Estado mejorará las condiciones de trabajo de las mujeres, respetando sus derechos laborales, el acceso a la de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante, la del sector informal, la mujer trabajadora jefe de hogar y la que se encuentre en estado de viudez.

2.1.6 La mujer ecuatoriana y la familia

La familia ha sido, sin duda, a más del núcleo de la sociedad, el espacio preciso para desarrollar el patriarcado y la visión androcéntrica de la vida. En este sentido, las constituciones han sido bastante silenciosas y no es hasta la Constitución de 1929

donde en su Art. 151.19 se garantiza la protección del matrimonio, la de la familia y la del haber familiar. Por su parte, en el texto de 1945 tenemos que:

Artículo 142.- El Estado protege a la familia, al matrimonio y a la maternidad.

El matrimonio se fundamenta en el principio de igualdad de derechos de ambos cónyuges. Podrá disolverse por mutuo consentimiento o a petición de uno de ellos, por las causas y en la forma que la ley determine.

En la Constitución de 1946, tenemos que el Estado Ecuatoriano ampara la maternidad y protege a la madre y al hijo, sin considerar antecedentes. Esta norma, manifiesta que antes existía una discriminación por conceptos morales a las madres solteras y a los hijos sin padre.

Posteriormente en la Constitución de 1978 codificada en 1997, se produce el reconocimiento de la unión de hecho¹⁴⁶. Esto es un importante logro que significa la protección de patrimonial y filial para las personas que vivían bajo este régimen.

2.1.7 La mujer ecuatoriana y la igualdad ante la ley.

Para evitar ambicionar, el abarcar todos los ámbitos de la vida pública y privada en que la mujer estuvo o ha estado relegada, hemos decidido resumirlo en el tratamiento de la igualdad ante la ley. Según el análisis de LAMBERTI, este derecho, se traduce “en el reconocimiento uniforme de derechos civiles a todos los habitantes de este Estado”¹⁴⁷.

En primer lugar, es trascendental nombrar que, a pesar de la discordancia con la realidad social, ya desde 1830, nuestra Constitución establecía que:

Artículo 11.- Los derechos de los ecuatorianos son, igualdad ante la ley y opción igual a elegir y ser elegidos para los destinos públicos teniendo las aptitudes necesarias.

Es en la Constitución de 1843, específicamente en el Título XVII, donde se estipulan los derechos y garantías que los ecuatorianos gozan: “Todos los ecuatorianos son iguales ante la ley, y hábiles para obtener los empleos de la República, teniendo los

¹⁴⁶ *Constitución 1978 codificada en 1997 (Art. 33)*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12160541941258273098435/index.htm>, consultado el 15 de Febrero 2008.

¹⁴⁷ S. LAMBERTI, *Matrimonio y Violencia Invisible contra la Mujer en Violencia Familiar y Abuso Sexual*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

requisitos legales; y ninguno, que no sea ecuatoriano en ejercicio de los derechos de ciudadanía, podrá ser funcionario público”.

Por otro lado, la Constitución de 1845, 1851, 1852, 1861 y la de 1869 incluían a la igualdad ante la ley de entre los derechos de los ecuatorianos.

En la Constitución de 1878, tenemos que la “nación ecuatoriana reconoce los derechos del *hombre* como la base y el objeto de las instituciones sociales”¹⁴⁸ y pesar de esta disposición, también garantiza a los ecuatorianos “la igualdad, en virtud de la cual todos deben ser juzgados por las mismas leyes, y sometidos por éstas a los mismos deberes, servicios y contribuciones”.

En la polémica Constitución de 1884, que nos arrebató la ciudadanía, tampoco se hace una mención expresa a la igualdad ante la ley, aunque podemos inferirla de su Art. 22 que estipula que “nadie puede ser puesto fuera de la protección de las leyes...”.

Trece años más tarde, en el año 1897 se estipula que “se garantiza la igualdad ante la ley, en virtud de la cual no se reconoce fuero alguno para el juzgamiento de las infracciones comunes”. También, a mi parecer se trata el tema de igualdad cuando se menciona que no puede concederse privilegios ni imponer obligaciones que hagan a unos ciudadanos de mejor o peor condición que los demás.

Ya para la Carta Magna de 1929 se estipula de entre las garantías fundamentales la igualdad ante la ley, y se aclara que en nuestro país no habrá esclavitud, o apremio personal a título de servidumbre o concertaje. Tampoco se reconocen empleos hereditarios, privilegios sociales ni fueros personales y no se podía conceder prerrogativas ni imponer obligaciones que hagan a unos individuos de mejor o peor condición que a otros.

En la Constitución de 1945, se limita únicamente a nombrarla de entre los derechos individuales, sin detalles como los anteriores. Por su parte, en el texto constitucional del año subsiguiente, tenemos que dentro de los preceptos fundamentales se manda a que para obtener el amparo de la Ley, todas las personas son iguales ante ella. A nadie se le pueden conceder derechos ni imponer obligaciones que le hagan de mejor o peor condición que a los demás.

¹⁴⁸ F. TRABUCCO, *Constitución 1878 (Art. 16) en Constituciones de la República del Ecuador...* op.cit., p. 233.

En el año 1967, aparte de la estipulación de la igualdad ante la ley, la Constitución de ese período, instauro la idea de bien común y de los derechos humanos. Así, se trata de establecer condiciones sociales para que todos y todas las ecuatorianas realicen sus fines, aunque se tome el genérico hombres, para de estos derechos fundamentales.

Es importante resaltar que en la Constitución de 1978 codificada en 1997, el Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes.¹⁴⁹ En este sentido, incluye entre los derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, a la igualdad ante la Ley.¹⁵⁰

Uno de los medios que se trataba de aplicar para lograr esta igualdad, estaba establecida en la propia Constitución en su Art. 43, cuando se promueve el servicio social y civil de la mujer y estimula la formación de agrupaciones femeninas para su integración a la vida activa y al desarrollo del país; y a la capacitación de la mujer campesina y la de los sectores marginados.

Por su parte, estimamos importante el señalar que el derecho a la igualdad ante la ley, como ya hemos abordado anteriormente, no sólo es relevante a nivel constitucional, sino que este principio cobró vigencia en el Derecho Internacional. El concepto que mutó desde su sentido original de "igualdad ante la ley" (que ameritaba un trato idéntico sin distinción alguna) al de "igualdad jurídica" que significaba más bien un mecanismo de búsqueda del bien común, de lo más justo tratando de manera igual a quienes estén en circunstancias iguales, dando paso a la discriminación positiva o trato desigual para quienes lo necesiten.¹⁵¹

¹⁴⁹ *Constitución 1978 codificada en 1997 (Art. 20)*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12160541941258273098435/index.htm>, consultado el 15 de Febrero 2008.

¹⁵⁰ *Constitución 1978 codificada en 1997 (Art. 22.6)*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12160541941258273098435/index.htm>, consultado el 15 de Febrero 2008.

¹⁵¹ Cfr. [Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante](#), Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párrs. 10-11.

2.1.8 La Constitución Política del Ecuador 1998

Para el análisis de la última Constitución que ha regido en nuestro país, es decir la que se expidió en el año 1979 con las reformas aprobadas por la consulta popular de 1997, es preciso tomar en cuenta no sólo las especificaciones que se hagan sobre mujeres, sino la valoración que se da a los derechos humanos y deberes en ella consagrados. De esta forma, se debería entender automáticamente el Ecuador y las ecuatorianas se obligan a dar un fiel cumplimiento y a salvaguardar los mismos.

Por su parte, es afirmación de HERRERA que durante “los 90, las mujeres ecuatorianas logramos importantes modificaciones en el andamio normativo con el que el Estado ecuatoriano regula las relaciones sociales”¹⁵², por esta razón se da un especial título sólo a esta normativa constitucional.

Primero que nada, es necesario señalar que el Ecuador nos considera ciudadanas, nacionales y sobretodo titulares directos de derechos humanos, de libertades fundamentales y de la seguridad social. En este sentido, tiene como su más alto deber el respetar y hacer respetar los derechos humanos.

A partir de esto es significativo resaltar que sin discriminación alguna podremos ejercerlos y gozarlos en virtud de la propia Constitución y de los instrumentos internacionales de esta materia y a través de políticas públicas a ser implementadas por el Gobierno. Por su parte el Artículo 23 reconoce y garantiza por parte del Estado Ecuatoriano:

2. La integridad personal [...] El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las **mujeres** y personas de la tercera edad.
3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.

¹⁵² G. HERRERA, *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO, Conamu, Quito, 2000, p. 7.

La igualdad ante la ley, aquí transcrita, es una clara evidencia de las luchas de los diferentes movimientos por la no discriminación que trata de evitarla a toda costa. En este sentido, como nombra SALGADO, muchas normas aunque hayan intentado una supuesta protección hacia las mujeres, terminaban siendo aún más perjudiciales para ellas

En el caso de las garantías del debido proceso del Art. 24.10, observamos que nuestro país establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las *mujeres*.

Es preciso mencionar que dentro de los derechos económicos sociales y culturales del Art. 34, se estipula que:

El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de *mujeres* y hombres en el acceso a recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad.

Con respecto al ámbito laboral y su lejanía con la realidad social, el Estado Ecuatoriano se ha obligado a mejorar sus condiciones en virtud del artículo siguiente:

Artículo 36.- El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor.

Velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se encuentre en estado de viudez. Se prohíbe todo tipo de discriminación laboral contra la mujer.

El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar, será tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones especiales en que aquél se encuentre en desventaja económica. Se reconocerá como labor productiva, el trabajo doméstico no remunerado.

En el contexto familiar, considero que la Constitución es bastante avanzada y ha tratado de cubrir los elementos básicos sobre éste. En este sentido declara la igualdad de derechos y oportunidades de al familia. A su vez, protege el matrimonio, la maternidad y el haber familiar y apoyará a las mujeres jefas de hogar. Aclara que el matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad

de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges, amparando la maternidad y paternidad responsables.

Por su parte se mantiene el reconocimiento de la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, unión de hecho¹⁵³, con todas las implicaciones que esto puede representar en el caso de parejas gays u homosexuales.

Una norma que resulta muy importante es la del Artículo 41 que estipula que:

El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a través de un organismo especializado que funcionará en la forma que determine la ley, incorporará el enfoque de género en plan es y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

Para finalizar la Constitución de 1998, consagra a las mujeres embarazadas como un grupo vulnerable y manda a que el Estado promueva y garantice una participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos.

De la Constitución del año 1998, se tiene diferentes visiones. Sin embargo y más allá de la necesidad de reformas constitucionales para cambiar el marco institucional del Estado, considero que su texto fue un gran avance con respecto a los derechos fundamentales en general.

Podemos concluir que la mencionada normativa constitucional, gracias a la influencia de los movimientos sociales y políticos, ha eliminado el androcentrismo constitucional y ha dado un enfoque humano y de género, que ha permitido priorizar los derechos humanos, y en especial los de las mujeres.

2.3: La Asamblea Nacional Constituyente Ecuador 2007-2008.

Es imposible dejar fuera el tratamiento actual, que se está dando a los derechos de las mujeres en la Asamblea Constituyente de Montecristi.

¹⁵³ *Constitución 1998 (Art. 38)* disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371296122384892980035/p0000001.htm#I_1, consultado el 15 de Febrero 2008.

A pesar, que hasta el momento no se tenga listo un articulado aprobado y a lo polémico que puede llegar a ser el debate sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres (incluyendo aquí el controversial tema del aborto), es necesario indicar cuál es el entorno sobre los derechos de las mujeres en los albores de Ciudad Alfaro.

Hasta el momento, tenemos conocimiento que en la Asamblea Constituyente se ha firmado un documento por parte de 60 asambleístas en el mes de marzo, sobre artículos concretos que tratan de hacer realidad, y no sólo una mera declaración, los derechos de las mujeres. Éste es el resultado no sólo del trabajo de quienes firmaron el documento, sino de muchas propuestas de diferentes organizaciones, ciudadanos y ciudadanas en general, que fueron presentadas en Montecristi.

En el mencionado documento se establecen las prioridades de las mujeres para que estén manifestados en la próxima Constitución Política de nuestro país. De esta forma, se resaltan las conquistas con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales; de participación política, pero se recalca que no han sido efectivamente exigibles.

Considero necesario realizar un breve resumen de los temas que el articulado propuesto presenta:

- **Características y obligaciones del Estado (entre otras):** de aquí se resalta la separación del Estado-Iglesia. También se retoma el tema de la directa aplicabilidad de los derechos y garantías de la Constitución y de los instrumentos internacionales vigentes. Se recalca la responsabilidad del Estado, ya sea en sancionar o en implementar medidas con respecto a discriminación en razón de género. Considero importante transcribir el siguiente artículo innumerado, ya que habla por sí mismo:

Art. XX. El estado asegurará la inclusión de la perspectiva de género y el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres, tomando en cuenta las diversidades étnicas, generacionales, de clase social y orientación sexual, en el diseño y ejecución de las políticas y programas públicos en todos los ámbitos de la acción del estado, en lo social, económico cultural y familiar, así como en los presupuestos destinados a financiarlos.

- **En los derechos de los seres humanos:** Dentro de este tema tenemos, entre otros derechos, el de la igualdad ante la ley, la integridad personal, libertad.

Creo primordial el transcribir algunos debido a su importancia y relación directa con el tema de mujeres.

5. A la igualdad real. El Estado tomará las medidas de acción positiva que sean necesarias para garantizar la igualdad real de los grupos tradicionalmente discriminados.

6. A la libertad. Todas las personas nacen libres.

10. Al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.

17. A tomar decisiones libres e informadas sobre su vida sexual: en relación a su identidad sexual, elección de pareja, opción sexual. El Estado sancionará la violencia sexual, la prostitución forzada, la esclavitud sexual y la mutilación genital.

18. A tomar decisiones libres e informadas sobre salud reproductiva. Las personas tienen derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener.

- **Sobre los derechos políticos:** en este ámbito se garantizará la representación de las mujeres por medio de un sistema proporcional (prefiriéndose los distritos plurinominales). Por otro lado, se promoverá la representación paritaria de hombres y mujeres en los diferentes cargos de los entes de la función pública, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos y/o movimientos políticos. Aparte se deberán implementar medidas educativas, administrativas, legislativas, etc., para lograrlo. También se incorporará la participación de mujeres indígenas y afrodescendientes.
- **Salud, aseguramiento universal y seguridad social:** En este articulado se garantiza el acceso de hombres y mujeres a estos derechos, la implementación de políticas públicas y la distribución del presupuesto para lograrlo. También cabe mencionar que se avala el acceso a programas de salud pública y servicios de atención de salud sexual y salud reproductiva implementando medios prácticos para ejercer el derecho a decidir sobre la sexualidad y la reproducción. Por otra parte, se garantizará la maternidad gratuita y se generarán condiciones adecuadas de cobertura, calidad y acceso de las mujeres hacia los centros de salud. Con respecto a la seguridad social, se incluye el de las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado, conforme los principios generales de esta materia.

- **Protección a las familias:** De este respecto, resulta interesante la protección a las familias diversas con igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, incluyendo a las mujeres jefas de hogar. También se trata la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges, así como el reconocimiento de la unión de hecho.
- **Violencia intrafamiliar y violencia de género:** en estos artículos se resalta la necesidad de implementar políticas, así como prevenir, eliminar y sancionar la violencia sexual y de género. También se prohibirá la publicidad que promueva el sexismo y se estipula que serán imprescriptibles las acciones y penas por delitos sexuales.
- **Trabajo:** sobre el tema laboral se estipula que no será permitida la discriminación basada en género y que se promoverá la igualdad de derechos y oportunidades, incluida la remuneración para hombres y mujeres con un sistema de valoración con enfoque de género. También se velará por el acceso al sistema de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se encuentre en estado de viudez. Por su parte, se trata el tema de responsabilidad compartida en las familias junto con la corresponsabilidad social del trabajo no remunerado en el hogar (como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social y con esto se da el derecho a la retribución social).
- **Educación:** En este caso, resulta importante resaltar que se agrega la necesidad de la obligatoriedad de la educación sexual en los centros educativos fundada en derechos humanos y principios científicos.
- **Grupos de atención prioritaria:** dentro de estos grupos se encuentran las niñas, las mujeres embarazadas, las ancianas.

Por otra parte, lo más reciente sobre derechos de las mujeres en el marco de la Asamblea, es el derecho al disfrute propuesto por la asambleísta Soledad Vela, quien reiteradamente afirma que no tiene que ver con el orgasmo en sí mismo, sino a una declaración del derecho del sector femenino al ejercicio pleno de su sexualidad sin que

necesariamente esté ligado a la maternidad. En este sentido, y más allá de que concordemos en el hecho de que se necesite o no constitucionalizar este precepto, coincidimos en que la satisfacción sexual no debe confundirse con el derecho a la reproducción. Este razonamiento se relaciona con la soberanía de las mujeres sobre sus cuerpos¹⁵⁴, que sin duda es un debate, que como el aborto, parecería mantener un tinte androcéntrico, sexista e irreal¹⁵⁵.

Luego de esta somera explicación, me voy a permitir citar a MARÍA PAULA ROMO, una de las 46 asambleístas mujeres en Montecristi, quien nos hace caer en cuenta que:

No hay democracia mientras mujeres seamos auxiliares del sistema y no protagonistas [...] porque nuestro discurso -el político y el diario- sigue cargado de estigmas y estereotipos sexistas; jalón de orejas porque queremos revolución pero de machos y a lo macho...¹⁵⁶

2.4 Análisis global de la evolución

Para comprender un poco mejor los temas de la normativa constitucional que topamos anteriormente es imposible olvidar los contextos sociales en los que se dieron.

Por este motivo, debemos recordar ciertas ideas relacionadas con las mujeres, que de manera acertada, resalta LOLA VALLADARES en “Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional”:

En primer lugar, tenemos la llamada Constitución “Floreanista” donde, inspirados en la Revolución Francesa y la lucha independentista de los Estados Unidos, el Ecuador copiaba sus preceptos tanto los positivos como los negativos. Así, encontramos que este instrumento, como los tres subsiguientes, no respondía a la cultura ecuatoriana sino a otras completamente diferentes.

En segundo lugar, cabe mencionar que las constituciones de esta época respondían manifiestamente a una influencia directa de la religión católica. De esta

¹⁵⁴ P. ROMO, en *Tan discutida la soberanía del cuerpo*, 29 de abril 2008, disponible en http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/maria_paula_romo/, consultado el 4 de mayo de 2008.

¹⁵⁵ P. ROMO, *Del aborto y la hipocresía*, 13 Abril 2008, disponible, en http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/maria_paula_romo/2008/04/13/del-aborto-y-la-hipocresia/, consultado el 4 de mayo de 2008.

¹⁵⁶ P. ROMO, *Nuestro compromiso con las mujeres*, 7 de marzo 2008, disponible en http://asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/maria_paula_romo/2008/03/07/80/, consultado el 9 de Marzo 2008.

forma, no era difícil determinar el rol que se le asignaba a la mujer ecuatoriana, que por su naturaleza, no se le tenía permitido participar en la vida pública.

A continuación tenemos la Constitución de 1835, la que con Vicente Rocafuerte como Presidente, fue un instrumento simple pero a la vez bastante práctico. Así, observamos que las mujeres gozan solamente de reconocimientos con respecto a la nacionalidad y naturalización. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que fue en su gobierno cuando se instaura la educación fiscal regular para las mujeres con la apertura del Colegio Santa María del Socorro.

Por otro lado, en el año 1843 se dicta “La Carta de la Esclavitud” donde como pudimos notar la mujer se presenta como la gran ausente, a pesar de las declaraciones de igualdad ante la ley. Dos años más tarde, por medio de la Cuarta Convención Nacional del 3 de diciembre de 1845 y acogiendo las ideas de sometimiento a los esposos, las mujeres extranjeras pueden ser ecuatorianas por medio del matrimonio con un ecuatoriano.

Del contexto del año 1851 podemos resaltar la abolición de la pena de muerte por los delitos políticos, más no ninguna implementación de normativa constitucional respecto de mujeres. Tanto en la Constitución de este año como en la del subsiguiente, reconocían a la mujer únicamente en su nacionalidad, y expresamente en el caso de naturalización de las extranjeras que se casaren con un ecuatoriano.

En los años en que gobernaba Gabriel García Moreno, no se realiza ninguna mención a las mujeres ni siquiera en relación a la nacionalidad, pero lo que sí encontramos, es un aumento de las mismas en las congregaciones religiosas, instituciones que poseían el monopolio de la docencia y por tanto de una educación sesgada a una visión específica de las mujeres. Por otra parte, encontramos el primer Código Civil, que como ya nombramos anteriormente, presentaba una mujer totalmente sometida a su esposo.

De esta forma, avanzamos en una época constitucional muy ligada a la religión católica, lo que se veía reflejado en su normativa y en los requisitos para ser ciudadanos ecuatorianos. Así, teníamos disposiciones que instaban a que las mujeres honestas se

hagan cargo de la educación de los niños y niñas, aclarando que éstos no podían compartir una misma aula de clases.¹⁵⁷

Son entre los años 1875 y el 1895 durante las luchas del progresismo y el conservadorismo de la Revolución Alfarista, donde aparece la novena Constitución en la que se estipulan los derechos del *hombre* y la igualdad ante la ley.

De esta época, podemos recalcar la gestión de Marieta de Veintimilla, “La Generalita”, quien perteneciendo a cargos muy importantes como Primera Dama, presidiendo el Consejo de Ministros, dirigiendo el ejército y conduciendo el gobierno, fue también tomada prisionera y enviada al destierro a Lima, donde escribe “Páginas del Ecuador”. Fue además la primera mujer que diera una conferencia en la Universidad de Quito.

Siguiendo con el análisis constitucional, podemos ver que nuestro décimo texto supremo de 1884 tiene esta expresa consideración sobre que sólo los varones, son considerados ciudadanos ecuatorianos, arrebatando a las mujeres los derechos y deberes que esto implica.

Como sabemos, el 5 de junio de 1895 la ciudad de Guayaquil fue tomada por los llamados liberales. En este proceso, el General Eloy Alfaro derrocó del poder a los conservadores que lo detentaron durante 65 años. Esta revolución, la única de nuestra historia, en palabras de VALLADARES, trajo la participación militante y activa de las mujeres en los “montoneros liberales”, así como su posibilidad de ser empleada pública. En este sentido, la Constitución de 1897, a pesar de mantener premisas como la religión católica, da una amplitud a la ciudadanía, lo que permite que las mujeres puedan incursionar en la vida política., para llegar a su plenitud, según la misma autora, en el siglo posterior.

Por otra parte, en este año se crea el Instituto Normal Manuela Cañizares donde se podía acceder a la educación femenina. En palabras del mismo General ELOY ALFARO encontramos que:

“No hay nada tan doloroso como la condición de la mujer en nuestra Patria...ampliarle en una palabra su campo de acción, mejorando su porvenir, es asunto que no debemos olvidar...porqué no darle

¹⁵⁷ Cfr. A. GOETSCHEL, Educación e Imágenes de Mujer, disponible en <http://www.flacso.org.ec/docs/antgenngoetschel.pdf>, consultado el 1 de mayo 2008.

participación en los empleos públicos, compatibles también con su sexo”¹⁵⁸

En la Carta Magna Liberal de 1906, se logran avances importantísimos tales como: la separación de la Iglesia y el Estado; la instauración de la educación laica y la enseñanza libre y gratuita. Sin embargo, a pesar del desarrollo de los derechos y garantías constitucionales, la legislación secundaria mantenía su esencia sexista.

Por su parte, ya en los años veinte, surgían cada vez más las organizaciones de mujeres obreras y artesanas, agrupadas en los comités como La Aurora y Rosa Luxemburgo.

En el año 1924, se da momento memorable en nuestro país. Tal y como lo mencionamos anteriormente la Junta Electoral de Machala permitió la inscripción de una joven como votante, siendo esto ratificado por el Ministerio de lo Interior y conocido también por el Consejo de Estado. De esta forma, se reconoce expresamente y de manera pionera los derechos políticos de la mujer ecuatoriana.

Hechos como el anterior dan paso a que mujeres como Dolores Cacuango en el año 1944 fuese Secretaria General de la Federación Ecuatoriana de Indios, liderando así luchas muy importantes como la de alfabetización.

Cinco años más tarde, se escribe la décimo tercera Constitución de nuestro país. En este texto, como pudimos observar, se hace la primera mención directa de la mujer como ciudadana, siempre y cuando posea 21 años y sepa leer y escribir.

En el año 1945, se decreta y sanciona una nueva Constitución, con José María Velasco Ibarra como Presidente. En medio de un contexto mundial en conflicto, a nivel local socialistas y comunistas ganaban una significativa representación parlamentaria en la Constituyente, lo que “les permitió imprimir un sesgo progresista a esta Carta Política”¹⁵⁹. En este sentido, el constitucionalismo de la posguerra, logra instaurar importantes avances en cuestiones de nacionalidad, trabajo y familia con

¹⁵⁸ A. NOBOA, *Recopilación de mensajes dirigidos por los presidentes*, Tomo IV p.p. 334-355 citado por L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional...*, op. cit.p. 159.

¹⁵⁹E. AYALA, *El Partido Socialista Ecuatoriano en la Historia*, Ediciones La Tierra Quito 1988 p.p. 14-15-16 citado por L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional...*op.cit.p. 162.

respecto de las mujeres. Así como la primicia de la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales (Art. 159 CPE 1945).

Es de opinión de VALLADARES, que la izquierda ecuatoriana y la política progresista representados en el socialismo, fueron aquellas gestoras principales de los cambios sobre los derechos y personalidad jurídica de las mujeres, ya que la participación directa de ellas era aún bastante escasa.

Un año más tarde, en 1946, se expide una constitución más bien tradicional y de derecha. A pesar que el estatus de la mujer no cambia en gran proporción, tenemos el mencionado voto facultativo de la mujer, la protección de la maternidad sin considerar antecedentes, la obligatoriedad del trabajo, etc.

En el año de 1967 con la décima sexta Constitución, se instaura la obligatoriedad del voto para todas y todos los ecuatorianos y así como el reconocimiento expreso de los derechos humanos y el derecho a la no discriminación sin distinción de sexo.

En esta década es relevante resaltar que se empieza a tratar lo que se llama un “nuevo feminismo”. JULIET MITCHELL dice: “las feministas del siglo XIX descubrieron prejuicios en sus propios hombres blancos dominantes y en su gobierno, no así en los años 60, cuando encontraron los prejuicios y actitud de opresor fijados en la mentalidad del oprimido (la mujer); este nuevo nivel de conciencia proporcionó una nueva tonalidad y contenido al movimiento”¹⁶⁰. De esta manera, se debaten nuevos temas, como el sexual, con la iniciativa de mujeres como Emma Goldman y con las influencias de Betty Friedan y Simone de Beauvoir (gestoras del feminismo sufragista en los Estados Unidos).

Para la década siguiente, las organizaciones feministas de nuestro país y el mundo desplegaban una intensa lucha de reivindicaciones (tanto para ellas como para los hombres) lo que dio lugar al mencionado Año Internacional de la Mujer.

Luego del militarismo político vivido en el Ecuador, se convoca, ya no a una Asamblea Legislativa o Nacional, sino directamente al pueblo ecuatoriano para que vía referéndum, se dicte una nueva constitución. Con este nuevo texto constitucional que los requisitos de la ciudadanía, se limitan a la edad de 18 años, incluyendo por primera

¹⁶⁰ L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional...*op.cit., p. 165.

vez a los analfabetos. El tema de los derechos de las personas cobró mucha importancia, lo que se ve reflejado en la normativa constitucional, como en las intenciones de incentivar las agrupaciones femeninas.

A pesar de las importantes declaraciones constitucionales, existían normas penales que permitían la violabilidad de la correspondencia de mujeres cuando quien lo hiciera fuese su padre, marido o tutor.

Por otra parte, durante la década de los noventa, existe una nueva discusión acerca de la ciudadanía gracias a la globalización, y los nuevos grupos feministas, ecologistas, minorías sexuales, etc. La diversidad planteaba la idea de una “ciudadanía diferenciada” que evitaba el que los distintos grupos de personas sean homogenizadas, en este sentido, lo que el feminismo proponía era tomar en mayor medida las diferencias entre los grupos”. De esta manera, la mencionada corriente trataba que la ciudadanía se defina fuera de los conceptos sexistas, y que sea el Estado quien propugne el derecho a la diferencia así como que se preocupe del tema de género como política de Estado.

En el caso de la actual Constitución surgida de la Asamblea Constituyente del año 1997, con 7 mujeres de 70 asambleístas, podemos observar una normativa inclusiva y preocupada de los derechos fundamentales de los ecuatorianos, incluyendo los referidos a las mujeres. Sin embargo, y a pesar de haber conquistado de cierta manera, el ámbito del derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual, no se profundizó en el derecho sobre sus cuerpos y prerrogativas que esto implica.

Podemos concluir el presente capítulo, acotando que un gran porcentaje de constituciones de nuestro país se han caracterizado por dejar de lado los derechos de las mujeres, a pesar de su gran avance en la última carta política. Como bien lo explica GALLEGO, no sólo es una falencia de las constituciones ecuatorianas, sino que, “ninguno de los derechos y libertades garantizadas en las constituciones liberales y democráticas del siglo XIX fueron conferidos a las mujeres”.¹⁶¹.

¹⁶¹ FERNÁNDEZ C. Y GALLEGO M. *Exercising Rights: Obstacles for Women*, en Oñati Proceedings-7, 1990, p. 43. Traducción Personal: None of the rights and liberties guaranteed by the liberal and democratic constitutions of the 19th century were granted to women. (Gallego.1986). Neither the moment nor the

Luego de lo puntualizado, esperamos y consideramos fundamental que la referida Asamblea Constituyente, dé la relevancia correspondiente a los derechos de las mujeres. Hasta el momento, podemos hacer hincapié en que el salvaguardar la vida desde la concepción, restringe, clara y contundentemente, al sector femenino sobre él decidir sobre sus cuerpos. Por su parte, el debate del derecho al disfrute, como el que gira entorno al aborto, no hacen más que causar polémica y no se enfocan a un análisis profundo y real de las necesidades de las mujeres ecuatorianas. De esta manera, vemos que tanto la religión, como la cultura patriarcal siguen teniendo peso en nuestro país.

Es de nuestro pensar que para lograr una normativa constitucional incluyente y garantista, se deben tratar dichos temas sin sesgos de androcentrismo, ni fanatismos religiosos y con un enfoque de género sincero y más humano.

conditions were the same for men and women, not even in the case of property rights, the crux of the liberal rights of the new citizenship”.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL ESTUPRO COMO MODELO DE DISCRIMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONTRA LAS MUJERES

Para comenzar el presente capítulo, quisiera retomar las palabras de LOLA VALLADARES, con quien concuerdo fielmente:

La naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico penal, es más bien controlista, acrítica, tradicionalista y anacrónica, cuyas disposiciones no responden a las necesidades concretas, ni a la problemática actual de nuestra sociedad; sino que más bien evidencian una profunda relación entre el Derecho Penal positivista y la moral cristiana tradicional; expresada en la forma como se reprime la sexualidad femenina, se sobrevalora el concepto de virginidad, léase himenolatría, sustentando en el dogma cristiano de la Inmaculada Concepción y la visión oscurantista que vincula a la sexualidad con el pecado, cuando el que la mujer tiene un papel subordinado al varón y contiene cierto simbolismo tendiente a la mantención de roles establecidos, constriñéndola a la maternidad, la reproducción y la vida doméstica a través de un control social formalmente instituido y comúnmente practicado.¹⁶²

A partir de esta cita, podemos señalar que en nuestro país existen todavía rezagos de una normativa penal de este tipo, siendo el estupro un fiel ejemplo de esto.

A continuación transcribiremos las dos normas penales sobre el estupro, la antigua y la reformada respectivamente, lo que nos ayudará a centrar los objetivos de nuestro estudio:

¹⁶² L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional...* op. cit., p.196.

Art. 509.- Llámase estupro la cópula con *una mujer honesta*, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.

Art. 509 reformado. Llámase estupro la cópula *con una persona*, empleando seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.

3.1 Análisis y descripción del tipo penal

El estupro, para la mejor comprensión del mismo, ha sido catalogado en el Diccionario de la Real Academia Española como:

1. m. *Der.* Coito con persona mayor de 12 años y menor de 18, prevaleándose de superioridad, originada por cualquier relación o situación.
2. m. *Der.* Acceso carnal con persona mayor de 12 años y menor de 16, conseguido con engaño.
3. m. *Der.* Por equiparación legal, algún caso de incesto.
4. m. Antiguamente, coito con soltera núbil o con viuda, logrado sin su libre consentimiento.¹⁶³

De esta manera, podemos observar que las acepciones tomadas por un diccionario de lengua común, se componen más bien de referencias jurídicas y médicas, y que hasta se presentan un poco contradictorias entre sí. De igual forma, como observaremos más adelante, las diferentes legislaciones, incluyendo la nuestra, tienen distintas visiones sobre el estupro, lo que demuestra que a lo largo de los tiempos, no ha sido un concepto inmóvil, sino que ha sido utilizado de una manera bastante diversa¹⁶⁴.

En este sentido y para un lograr una comprensión más competente del concepto, éste debe ser analizado y descrito desde una perspectiva técnica y apegada a la rama del Derecho a la que corresponde, el Derecho Penal.

El Derecho Penal, como indica, RAIMUNDO DEL RÍO en su manual de esta materia, toma su nombre de uno de sus elementos, la pena. También se lo ha llamado Derecho Criminal, Derecho Sancionador, Derecho de Castigar, etc.

Por su parte, CARLOS GÓMEZ PAVAJEAU, nos explica que el Derecho Penal actual, con sus bases en el Estado Liberal, protegía el “no hacer” por parte del

¹⁶³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario Real Academia Española*, Vigésima Segunda Edición. Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=estupro consultado el 25 de Febrero 2008.

¹⁶⁴ Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 91.

mencionado Estado. Entonces esa interferencia por la cual se vulneraban los derechos de las personas tenía que ser frenada con la construcción de normas penales que prohibían la interferencia de los derechos subjetivos.¹⁶⁵

SUSANA HUERTA TORCIDO, indica que en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, el Derecho Penal “adopta un mayor protagonismo, interviniendo en el propio seno de las relaciones interindividuales cuando se trata de conseguir la colaboración de los ciudadanos en la tarea de prevenir ataques contra los bienes jurídicos fundamentales”.¹⁶⁶ Así, este Estado puede, no sólo pedir que los ciudadanos se abstengan de ciertas conductas, sino que pide que sean ellos mismos quienes colaboren activamente en su protección.

Luego de esta breve mención a la materia en la que está inmerso el estupro, podemos señalar que dicha norma está catalogada entonces, como un tipo penal, es decir, un delito.

3.1.1 El estupro como delito

Las definiciones de delito, cada una en su materia, pertenecen a una lista bastante extensa. Por este motivo, trataremos de centrarnos en que el delito penal, es una valoración jurídica cambiante con respecto de un hecho, que ha sido clasificado como lesivo a la sociedad y por tanto tipificado en los Códigos Penales.

GÓMEZ PAVAJEAU cita a FEUERBACH quien expresa que: “toda forma de lesión jurídica contradice el objetivo del Estado, o sea que en el Estado no tenga lugar ninguna lesión jurídica ...la necesidad de asegurar los derechos de todos es la razón que funda la obligación del Estado a conminar penalmente...crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en la ley penal, o una acción contraria al derecho de otro, conminada en una ley penal...solo una acción externa puede lesionar un derecho”.¹⁶⁷

En nuestro Código Penal, en concreto, se señala que, las leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena (Art.1).

¹⁶⁵ C. GÓMEZ, *Constitución Derechos Fundamentales y Dogmática Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000, p. 12.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 17

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 18.

De esta manera, el delito de estupro, se cataloga como un delito de acción o comisión de la escala penal (Strafrahmen)¹⁶⁸, ya que “la voluntad delictiva se exterioriza bajo la forma de un movimiento corporal que es causa de la alteración del mundo exterior”¹⁶⁹. Por su parte, CARRARA afirma que “todo delito tiene que partir de un acto externo que produzca un daño efectivo o potencial, o un peligro corrido más no temido”¹⁷⁰.

También ha habido quienes han hilado más fino y han contemplado al estupro desde la perspectiva de la omisión. Tal es el ejemplo de un caso argentino donde la “La Cámara Crimi. Y Corr. abordó el problema en el caso de los padres que prestan autorización para que su hija menor de quince años viva en concubinato”¹⁷¹. Así, se determinó, que el padre, al dar su consentimiento, estaba también participando de una contribución activa al estupro. En este sentido, me parece relevante denotar que como dicho delito admitía su ejecución continuada, la omisión se situaba como tema de análisis. No obstante, a pesar de considerarse la omisión como tal, los padres fueron condenados como partícipes de dicho delito a manera de acción positiva.¹⁷²

Por otro lado, es importante resaltar que estamos frente a un delito doloso, que implica que el sujeto activo conoce los elementos normativos que envuelven al sujeto pasivo, es decir, su minoría de edad.

Por su parte, hablamos de un delito material y no uno meramente formal, ya que se necesita “la realización de un resultado”¹⁷³. Es decir, en el caso del estupro, que se haya llegado a la cópula. Entonces, ¿no cabría la idea de ser penada la tentativa? O sea, ¿Que el sujeto activo comience a realizar actos inequívocos de ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad?”¹⁷⁴ A mi parecer, el responder

¹⁶⁸ E. BACIGALUPO, *Delitos Improprios de Omisión*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 19.

¹⁶⁹ R.GOLDSTEIN, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 330.

¹⁷⁰ F. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Editorial Temis, 1983. p.p. 89-91. citado por C. GÓMEZ, *Constitución Derechos Fundamentales y Dogmática Pena...* op.cit p. 19.

¹⁷¹ E. BACIGALUPO, *Delitos Improprios de Omisión*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p p. 157

¹⁷² Cfr. RIVAS José M. y otra “J.A” 1962-IP. 518 Así, de esta manera y fundado en el deber de los padres del Código Civil Argentino (Art. 264,265,266,275 y 277) E. BACIGALUPO, *Delitos Improprios de Omisión*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p p. 157

¹⁷³ R.GOLDSTEIN, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología...* op. cit. p. 307.

¹⁷⁴ DONNA, EDGARDO. *Delitos contra la Integridad Sexual*, Segunda Edición Actualizada Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p.120.

positivamente estas preguntas resulta bastante riesgoso, ya que en primer lugar estos actos inequívocos son bastante difíciles de determinar.

Siguiendo con este pensamiento, pudiéramos decir que la tentativa de estupro se consuma al sorprender *in fraganti* al autor en medio de la seducción o del engaño, o quizás el encontrar a la pareja sin vestimenta. Por otra parte, si hablamos de cópula incompleta o interrumpida, en mi opinión, ya no estaríamos hablando de tentativa, ya que se ha configurado la cópula. Debo discrepar con DONNA, cuando admite que luego del consentimiento de la víctima y habiendo dado comienzo a la ejecución del acto sexual, esta pareja sea sorprendida por los padres del sujeto pasivo, esto configuraría tentativa.

Por otra parte si hablamos de concurso de delitos, este mismo autor señala que puede existir concurso de delitos, en el caso de que no sean condiciones que configurarían violación. Si habría raptó luego del estupro, como dos hechos diferentes, indica el autor, habrá una verdadera concurrencia.

Cabe indicar que este delito, a mi parecer, es un tipo penal vacío, que si bien está tipificado en los códigos penales, en este caso, el ecuatoriano, ya refleja “poco o nada de esta sociedad y sí mucho de otra que ya no existe”¹⁷⁵. Por otro lado, el tipo penal relleno¹⁷⁶, uno con contenido, sentido y practicidad, es uno que refleja “la realidad viva y dinámica de la sociedad actual”.¹⁷⁷

Para continuar con el análisis, es necesario describir el tipo penal del estupro ecuatoriano tomando en cuenta ciertos aspectos: el bien jurídico protegido, la acción nuclear, los sujetos que intervienen, los medios, así como su evolución y tipificación en la legislación comparada, como en la local.

¹⁷⁵ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Driskill S.A, Buenos Aires, 1979, p. 237.

¹⁷⁶ *Ibíd.* p. ,237.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 237.

3.1.2 El Bien Jurídico Protegido.-

El bien jurídico protegido, como su nombre lo indica, es un objeto o un interés que amerita la protección de la ley penal. VON LISZT expone que es “un bien de los hombres (agrego mujeres) reconocido y protegido por el derecho”.¹⁷⁸

En el caso del estupro ecuatoriano, podemos ver que el bien jurídico protegido, es bastante claro en la norma penal antigua, este viene a ser la honestidad sexual. Así,

FONTÁN BALESTRA, toma a la honestidad como pudor, castidad, recato¹⁷⁹; mientras que para DONNA la honestidad de la mujer radica en su inexperiencia sexual¹⁸⁰, es decir que no haya tenido acceso carnal con un hombre voluntariamente.

Según SÁNCHEZ LÓPEZ, la honestidad es la buena conducta y ser correcta, lo que debe ser estimado en cada caso. Sin embargo, existen varios autores que asemejaban la honestidad, no tanto al comportamiento general de una mujer, sino a la virginidad misma de ella, lo que tendría sentido, en referencia a las primeras tipificaciones de estupro que veremos más adelante.

Siguiendo esta línea, la prueba principal a ser presentada para el análisis de la violentación del bien jurídico específico, era demostrar que esta joven, haya o no sido virgen antes del delito, es decir, probar su “estado moral de inexperiencia o de incontaminación sexual de la mujer, determinable por su conducta”¹⁸¹. Mientras SÁNCHEZ LÓPEZ señala que en nuestra legislación no se exigía que la mujer sea virgen, sino moralmente correcta, por su parte, ARTURO DONOSO, apuntaba a que dicha honestidad necesariamente resultaba sinónimo de virgen y que por tal motivo sólo era aceptable en el siglo XIX, para ser parte fundamental de los medios probatorios.

Luego de la reforma, el bien jurídico protegido, a mi parecer no es muy claro, ya que desaparece del panorama la calificación de honestidad como condición fundamental del sujeto pasivo. Sin embargo, al hablar de un consentimiento inválido o

¹⁷⁸ R.GOLDSTEIN, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología...* op.cit, p. 128.

¹⁷⁹ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal...* op. cit., p. 91.

¹⁸⁰ C. CARMONA, Delitos contra el Honor quien a su vez cita a M. Cobo del Rosal, Curso de Derecho Penal Español, M. Pons, Madrid, 1996, p. 260, citado por DONNA, EDGARDO. *Delitos contra la Integridad Sexual...* op.cit., p. 108.

¹⁸¹ DONNA, EDGARDO. *Delitos contra la Integridad Sexual*, Segunda Edición Actualizada Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 111

ineficaz, pudiésemos inferir que el nuevo bien jurídico protegido es la libertad sexual ligada directamente al bien de inexperiencia o reservar sexual.¹⁸²

3.1.3 Acción nuclear

En el tipo penal ecuatoriano, antes y después de la reforma, tenemos que la acción, es decir, el núcleo rector del tipo o la conducta punible, es el acceso carnal pero únicamente cuando esto signifique cópula, en un caso a una mujer honesta y en otro a cualquier persona, de entre los 14 y 18 años.

En este sentido, la cópula tiene que ser definido técnicamente para su mayor comprensión y entendimiento. Esto lo lograremos únicamente si nos referimos al término que se usa en la medicina, para así traspolarlo al derecho penal:

Coito¹⁸³: contacto sexual entre un hombre y una mujer durante el cual el pene erecto penetra en la vagina y se mueve dentro de ella por empujones de la pelvis.¹⁸⁴

Coito: Viene de coitus y del latín coitio, es el ayuntamiento carnal del hombre con la mujer por la vía vaginal natural.¹⁸⁵

Copulación: unión sexual entre macho y hembra.¹⁸⁶

Por otra parte, el acceso carnal según FERREIRA es “la penetración del cuerpo del sujeto pasivo con el pene o miembro viril”.¹⁸⁷ Por su parte, dice BONELLI, que el estupro lleva de manera implícita la idea del concúbito venéreo o acceso carnal, como acto reprobable social y jurídicamente y punible.¹⁸⁸

Luego de indicados los dos conceptos, el de cópula y acceso carnal, entramos en la discusión del alcance de ambos con respecto a la consumación del delito. Entonces, no sería viable que el estupro se configure a partir de la penetración por las vías “antinaturales” como las llamaban, o el acceso con objetos. En este sentido, queda

¹⁸² Cfr., *Ibíd.*, p.108.

¹⁸³ Cabe recalcar que durante la búsqueda de cópula en los diccionarios médicos, siempre instó a que se busque más bien el concepto de coito.

¹⁸⁴ DICCIONARIOS OXFORD-COMPLUTENSE, *Diccionario de Medicina*, Market House Books, Editorial Complutense S.A. Madrid, 2001, p. 167.

¹⁸⁵ MC GRAW, *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland*, 27 ed. Interamerican- Mc Graw- Hill Healthcare group Madrid, 1995, p. 361.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 398.

¹⁸⁷ F.FERREIRA, *Derecho Penal Especial Tomo I*, Editorial Temis Bogotá, 2006, p. 308.

¹⁸⁸ F. BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, p. 99 citado por M. BONELLI, *Violación, Estupro y Abuso Deshonesto*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1971, p. 92.

entonces relegada la acción nuclear a la conjunción sexual de pene y vagina o se agregan también, ¿la vía anal o bucal? “Parte de la doctrina consideraba que no había estupro cuando el acceso carnal se realizaba por vía anal, toda vez que dejarse acceder por otras vías presuponía deshonestidad en la víctima”¹⁸⁹. En contraposición a lo afirmado, NUÑEZ asevera que la “falta de experiencia en asuntos sexuales es que daba cuenta que la mujer aceptara como naturales cosas que no lo son”.¹⁹⁰

Bajo el análisis de algunos autores como el citado, BONELLI, encontramos que las mujeres tienen una vía propia y apta para ser accedidas y que el desvío del instinto y la práctica pervertida pueden dejar huellas indelebles en su psiquis. En este sentido, el autor encuentra la justificación de que de lo contrario la norma en Argentina, también recogería al estupro en caso de hombres.¹⁹¹

Este análisis junto con el de FERREIRA, nos da a entender que el sentido de la acción es la introducción del miembro viril a la vagina, que más allá del tema sobre si las mujeres tengan o no una vía propia para ser accedidas, manifiestamente concuerda con el significado médico de cópula. De esta forma, tenemos claro que no es posible equiparar la cópula al acceso carnal.

Por su parte, ARTURO DONOSO, indica que el núcleo del estupro, se constituye por la acción de obtener una relación sexual. En este punto, debo discrepar con el honorable jurisprudente, ya que el tipo penal claramente establece que es la cópula, la acción a llevarse a cabo y no una relación sexual, que siendo más amplia, abarcaría con otras figuras que son consideradas *anormales*, como el sexo anal, bucal, etc.

3.1.4 Elementos Subjetivos y Objetivos

3.1.4.1 Sujetos

Los sujetos, señala ALFONSO REYES ECHANDÍA, constituyen “el elemento primordial del tipo” ubicándose uno al extremo del otro, en la conducta típica.¹⁹² De

¹⁸⁹ E. DONNA, *Delitos contra la Integridad Sexual...op.cit.*, p. 93.

¹⁹⁰ Nuñez citado por DONNA, EDGARDO. *Delitos contra la Integridad Sexual...*p.93.

¹⁹¹ M. BONELLI, *Violación, Estupro y Abuso Deshonesto*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1971, p. 101.

¹⁹² A. REYES E., *La Tipicidad*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 26.

esta manera, es que para el análisis de los sujetos del estupro en el Ecuador, existen una serie de precisiones que deben realizarse.

Algunos autores como BONELLI, afirman, que el estupro sólo puede darse en aquellos que componen una pareja humana, es decir un hombre y una mujer. Sin embargo, más allá de esta cerrada concepción de pareja, resulta necesario hacer la distinción de los sujetos del delito en nuestro país a raíz de la reforma del año 2005, ya que es con ella que se da un cambio sustancial.

3.1.4.1.1 Sujeto Activo

En el estupro anterior a la reforma, podemos observar que el único sujeto activo, o sea la persona que realiza la conducta típica¹⁹³, podía ser el hombre mayor de 18 años, ya que claramente la cópula, sólo la podía tener con una mujer honesta. De esta manera, FERREIRA hace un comentario sobre este respecto y menciona que “el sujeto activo es cualificado, con cualidad anatómica: ser un varón en capacidad de acceder carnalmente a su víctima.”¹⁹⁴

Anteriormente, se llegó a decir que la mujer debe ser considerada sujeto activo cuando “por envidia ayuda a la seducción o directamente seduce y entrega a la víctima a un tercero y se le sancionaba como cómplice¹⁹⁵.”

Actualmente, con el nuevo tipo penal, el sujeto activo pudiera ser también una mujer, ya que en el caso de el sujeto pasivo fuese un hombre, la cópula sólo pudiera darse con alguien del sexo contrario.

Por último, es preciso tomar en consideración que en caso que el sujeto activo cumpla con ciertas características o actúe de determinada manera, esto será catalogado dentro de los agravantes. Para ilustrar esta idea podemos citar que el Art. 30-A. del Código Penal estipula que se agrava la penalidad por el hecho de que el autor o autora del delito tuviese algún tipo relación familiar, de poder y/o autoridad sobre la víctima, o si es su adoptante, tutor, curador. De igual forma, si el delito ha sido cometido por funcionarios públicos, docentes o ministros de algún culto, que han abusado de su

¹⁹³ Ibíd., p. 26.

¹⁹⁴ F.FERREIRA, *Derecho Penal Especial Tomo I...*op. cit., p. 308.

¹⁹⁵E. DONNA, *Delitos contra la Integridad Sexual...*op.cit.,. p. 110.

posición para cometerlo, por profesionales de la salud y personas responsables en la atención del cuidado del paciente; o cualquier otra clase de profesional o persona que hubiere abusado de su función o cargo para cometer el delito. También se toma en cuenta, que la conociese antes de la comisión del delito o si lo hiciese como forma de degradación, humillación, tortura, etc., o usando alguna sustancia que altere la voluntad de la víctima.

3.1.4.1.2 Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo viene a ser el objeto material personal de la infracción. Esto quiere decir, toda persona sobre la cual se concreta el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del agente¹⁹⁶.

En el caso ecuatoriano, durante toda la historia del estupro, fue una mujer. Es decir, ella era la titular del bien jurídico protegido, la honestidad. Ahora a partir de la reforma, como indicamos anteriormente, se pudiese decir que es la inexperiencia sexual ligada a la libertad sexual.

En nuestra legislación, el sujeto pasivo, como ya mencionamos, era una mujer que debía cumplir con el requisito de edad (mayor de 14 y menor de 18 años) y con la calificación de ser honesta (con la duda de si esto era ser virgen o de buena conducta o peor aún que se amerite que la primera esté inserta en la segunda).

Tal y como lo menciona ARTURO DONOSO “con las reformas del 2005, en el Ecuador el concepto de estupro se modifica sustancialmente, porque no se refiere exclusivamente a la cópula con una mujer, sino que puede darse en persona de cualquier sexo”¹⁹⁷.

Volviendo al tema de los agravantes, vemos que con respecto al sujeto pasivo, el Art. 30-A. del Código Penal estipula que serán los siguientes: que la víctima tenga una discapacidad o incapacidad; si al momento de la comisión del delito, estuviese en un establecimientos públicos o privados; si se encuentra atravesando una situación de vulnerabilidad, extrema necesidad económica o de abandono; si fue contagiada de una

¹⁹⁶ A. REYES E., *La Tipicidad*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 47.

¹⁹⁷ A. DONOSO, *Guía para Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas*, Segunda Edición Actualizada, Editora Jurídica Cevallos, 2007, p. 108.

enfermedad grave, incurable o mortal, o le haya producido lesiones que causen incapacidad permanente, mutilaciones, pérdida o inutilización de órganos, discapacidad física, perturbación emocional, trastorno psicológico o mental; si estuviere o resultare embarazada, o si estuviere en puerperio, o si abortare como consecuencia de la comisión del delito

Por otra parte, resulta trascendental tomar en cuenta que en nuestra legislación, la edad de los sujetos, ha sido un tema importante a la hora de tratar el tema del estupro. Esta viene a ser un componente condicionante del sujeto pasivo, siendo concretamente una exigencia legal y un elemento normativo del estupro.

LARCO DAZA indica que la edad de la víctima es esencial al momento del tema probatorio, siendo la partida de nacimiento el método más idóneo para esto.

Sin embargo, el análisis que me parece primordial señalar es que dentro de las Disposiciones Comunes A los Delitos Sexuales y de Trata de Personas de nuestro Código Penal vigente, encontramos que:

Artículo innumerado. En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante.

Entonces, si se establece que para los delitos sexuales con respecto a los y las menores de dieciocho años, el consentimiento se vuelve irrelevante. ¿Cómo se armoniza esto con lo expresado en el tipo penal? No podemos olvidar que el fin último de la seducción o el engaño es llegar al consentimiento de la víctima. Entonces, solamente la lectura de esta disposición dejaría sin efecto el consentimiento supuestamente inválido del estupro, derrumbando en sí mismo el tipo penal.

Por otra parte, considero necesario que para una real salvaguarda de los derechos de las víctimas de estupro, se debe realizar un análisis diferenciado de la edad. Esto en razón de que no resulta en ningún momento equiparable el estupro de una persona de 18 años con una de 15 años, con una de 35 años con otra de 15 años, por dar un ejemplo.

En este mismo sentido, si tomamos en cuenta que el sujeto activo pudiese ser menor que el pasivo, o compartir la misma edad, esto necesariamente provoca diferenciaciones concretas. Primero que nada, y a tenor del Código de la Niñez y la Adolescencia, el autor o autora deberá ser juzgado de la manera ahí prescrita. Esto si

analizamos específicamente el tema procesal, pero, en el tema más social, ¿no estamos hablando de quizás una pareja de jóvenes que experimentan el inicio de su vida sexual activa? ¿No sería más viable el hecho de analizar el elemento normativo de la edad más minuciosamente? En este sentido, podemos acotar que el tipo penal del estupro parecería anularse si tanto el sujeto activo como el pasivo son menores de edad, ya que sería difícil determinar quién estupro a quien. Para empeorar aún más la situación pudiésemos imaginarnos el hipotético de que el que engaña o seduce, es una persona sin experiencia sexual, y la pregunta sería que ¿dónde quedaría el bien jurídico protegido? Según RODRÍGUEZ, no fuesen incriminantes las relaciones entre adolescentes ya que no son propiamente situaciones abusivas que produzcan daño a la integridad y salud mental de sus partícipes, ni donde se demuestre un aprovechamiento de la inmadurez sexual.¹⁹⁸

Cabe recalcar que el sujeto activo puede desconocer la edad del sujeto pasivo, siendo esto, en algunas legislaciones, un caso de error y por tanto excluiría al dolo (fundamental por ser un delito doloso) y por tanto no habría responsabilidad.

3.1.4.3 Medios

El análisis de los medios para lograr el consentimiento, como elementos objetivos del tipo penal, puede ser controvertible, a mi parecer, por tener un contenido bastante ilógico.

Sin embargo, tanto la antigua norma, como la reformada, recogen a la seducción y al engaño, como los medios para llegar al consentimiento. Cabe aludir que no se necesita de ambos concurrentemente para conformar el tipo penal, ya que claramente la norma indica que se puede dar el uno o el otro.

3.1.4.3.1 Seducción

¹⁹⁸ Cfr. M. RODRÍGUEZ, *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas* en *Las Trampas del Poder Punitivo...* op. cit., p.158.

La seducción en palabras de ARTURO DONOSO, es el elemento objetivo de la figura penal. Él la define como “la conquista amorosa o el engaño con falsas promesas y ofertas, orientadas a obtener el consentimiento de la mujer, sujeto pasivo de la infracción”¹⁹⁹. Por su parte, TORO Y CISNEROS la definen como “persuadir con arte y maña”.²⁰⁰

La seducción explica SÁNCHEZ LÓPEZ, puede ser tomada como “el discurso empleado por un individuo, la narración verbal o escrita que tiene por finalidad convencer a una mujer para que acceda al propósito que persigue.”²⁰¹

DONNA, también trata el tema e indica que es el empleo de la seducción lo que se toma como el modo de cometer el delito. Así, ésta maquinación del estuprador se da por medio de halagos y artificios del seductor. Es de opinión del autor, que la seducción puede ser dividida en real y presunta. La primera tiene que ver con que el sujeto activo llegue en efecto a llegar a consumar el delito mediante la persuasión, que la que generalmente se exige por temas probatorios, mientras que la segunda es más una presunción de ley sobre la inexperiencia de la víctima.

En este sentido, CARRARA revela que “la seducción presunta por las condiciones del sujeto activo y por sus relaciones con la mujer, se encuentra en todos aquellos caso en que el hombre, sin llegar a actos que constituyan verdadera violencia moral o física, abusa de la situación de autoridad que le da cierto imperio sobre la mujer para hacerla consentir a sus deseos”.²⁰²

Por su parte, resulta importante mencionar que la palabra seducción viene del latín *seducere*, que quiere decir atraerse, llevarse, llevar consigo o con uno.²⁰³ Muchos autores, según SÁNCHEZ LÓPEZ, afirman que la única diferencia con la violación es que el primero se realiza mediante seducción y la segunda mediante violencia.

En esta sección no podemos evitar el aclarar que no consideramos que la seducción sea un medio ilegítimo para llegar a la cópula. Más bien, es de nuestra opinión que lejos de ser un problema, viene a configurar el medio idóneo para llegar a

¹⁹⁹ A. DONOSO, *Guía para Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas*. op. cit., p. 108.

²⁰⁰ H. TORO, *Análisis preliminar de Jurisprudencia Especializada Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004, p. 19.

²⁰¹ F. SÁNCHEZ, *Delitos contra el Pudor*, primera edición, Quito, 2005, p. 66.

²⁰² DONNA, EDGARDO. *Delitos contra la Integridad Sexual*,...op. cit., p.112.

²⁰³ *Diccionario Spes* citado por M. BONELLI, *Violación, Estupro y Abuso Deshonesto*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1971, p. 103.

ella, ya que de lo contrario estaríamos hablando de otros mecanismos como la fuerza y hasta el pago de una suma de dinero para alcanzarla.

3.1.4.3.2 Engaño

SÁNCHEZ LÓPEZ indica que el engaño “es la falta de verdad en lo que se dice o se hace con ánimo de perjudicar a otro o también es la falta de verdad en lo que se cree o piensa”²⁰⁴. El engaño más conocido para el caso del estupro es la promesa de matrimonio, la misma que debe ser anterior a la primera cópula y debe darse de manera espontánea. También se pueden dar engaños como el ofrecimiento de establecer a la mujer como heredera universal.²⁰⁵ Aquí, ISAÍAS PUFENDORF, aclara que esta promesa no es verdadera si es “arrancada astutamente por la mujer en el excitamiento erótico”.²⁰⁶

Por su parte, BONELLI diferencia el engaño bueno del malo, siendo el primero que se usa para impedir algún mal o capturar ladrones y el segundo como astucia o maquinación en contra de los derechos, ya sea hablando u obrando con mentira o artificio, ya callando maliciosamente lo que se debía manifestar.²⁰⁷ Cabe resaltar, que en algunas legislaciones como la argentina, cuando tiene lugar el engaño, esta circunstancia deviene en un tipo de estupro distinto, como es el estupro fraudulento.

Es importante considerar que mediante el engaño, lo que se desea es conseguir es el consentimiento para llegar a la cópula. Entonces ahí entramos a la discusión de que si antes el bien jurídico protegido era la honestidad sexual, ahora estaríamos hablando que la norma reformada lo que busca es proteger la libertad sexual ligada a la inexperiencia de la víctima. Esto lo menciona DONNA cuando habla que “se protege la libertad y la conformación sexual de la víctima, ya que el consentimiento está viciado, y

²⁰⁴ F. SÁNCHEZ, *Delitos contra el Pudor...* op. cit., p. 66.

²⁰⁵ R. LARCO, *La Violación y el Estupro en el Derecho Penal Ecuatoriano*, Universidad Católica del Ecuador, 1978, p. 179

²⁰⁶ ISAÍAS PUFENDORF Citado por M. BONELLI, *Violación, Estupro y Abuso Deshonesto*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1971 68.

²⁰⁷ F. SÁNCHEZ, *Delitos contra el Pudor...* op. cit., p. 68.

el autor se ha aprovechado del vicio que radica en su inexperiencia.”²⁰⁸ Este análisis a mi parecer deja fuera

Sin embargo, no podemos olvidar que en el caso del consentimiento en nuestro país y legislación sería irrelevante. Ya lo menciona R. MORENO, cuando explica que “dándose las condiciones de edad e inexperiencia en el sujeto pasivo, existe presunción iuris et de iure de que el consentimiento carece de validez para el acto”.²⁰⁹

3.2 Evolución del delito de estupro

Para tratar el tema de la evolución de la figura del estupro es preciso remontarnos a la época romana. Este tipo penal, se denominaba *stuprum*, lo que significaba corromper, viciar, contaminar²¹⁰. Por su parte, SÁNCHEZ LÓPEZ, señala que también se identificaba al adulterio como su equivalente²¹¹. Por otro lado, en esos tiempos también se utilizó al estupro como denominación para la “simple fornicación libremente consentida por su autor”²¹² así como las “relaciones incestuosas matrimoniales o libres”²¹³. Cabe mencionar, tal y como lo hace FONTÁN BALESTRA que la seducción ya era parte elemental del estupro en Roma, ya que en la Ley IV, De *publicis judiciis*, se estipulaba que la mujer pública no era posible de ser estuprada por su experiencia en el campo.

En opinión de CANTARELLA tenemos que el estupro se basaba en el derecho del padre de dar muerte a su hija, si ella siendo honesta (no prostituta, casada o que viva en concubinato) hubiese mantenido alguna relación sexual con o sin su consentimiento.²¹⁴

Así, se cuentan los históricos relatos como los de Atilio Falisco o Poncio Aufidiano, que en señal de su amor paterno le quitaban la vida a sus hijas que habían perdido su honor por su reprochable comportamiento²¹⁵.

²⁰⁸ E. DONNA, *Delitos contra la Integridad Sexua...* op.cit., p. 113.

²⁰⁹ F. SÁNCHEZ, *Delitos contra el Pudor...* op. cit., p. 59.

²¹⁰ Diccionario Ilustrado Latino Español “Spes” Sexta Edición, 1964 Barcelona, p. 481.

²¹¹ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal...* op. cit., p. 99.

²¹² F. SÁNCHEZ, *Delitos contra el Pudor...* op. cit., p. 59.

²¹³ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal...* op. cit., p. 91

²¹⁴ Cfr. E. CANTARELLA, *La mujer Romana*, Universidad S. de Compostela, 1991.

²¹⁵ *Ibíd.* p. 78

Por otro lado, tenemos que en la voz griega estupro viene de *strophé*, que quiere decir engaño. Esta es la raíz también de la palabra estafa. De manera general, en Roma esta figura aparecía como el acceso con mujer doncella o viuda de buena fama pero sin mediar la violencia.

En el Derecho Canónico tenemos otra salvedad, aquí era simplemente el “concubinato entre soltero y soltera virgen, o viuda honrada, sea voluntario o forzoso”.²¹⁶

Por otro lado, como se explicará, el estupro ha ido evolucionando (¿?) en nuestra normativa de manera que sus elementos, se muestran diferentes en algunos de los respectivos códigos penales. Por este motivo, no desarrollaremos la figura en su totalidad en el presente título, y nos referiremos a este respecto más adelante.

3.3 El estupro en la legislación comparada

Para dar una perspectiva un poco más amplia de la figura, hemos visto necesario el investigar una serie de legislaciones del mundo. Como bien lo menciona SÁNCHEZ LÓPEZ, el estupro debe ser analizado a la luz de cada derecho positivo²¹⁷, ya que cada uno tendrá sus propias características. Del resultado de esta búsqueda podemos encontrar legislaciones que no lo estipulan, así como las que comparten grandes semejanzas al tipo penal ecuatoriano. Por otro lado, nos hemos referido también a países que no lo tipifican expresamente pero que reflejan la misma idea con otro tipo de normas.

Para comenzar, quisiera deslindarme por un breve momento del análisis comparativo meramente legal para referirme a Guatemala por el Informe sobre Violencia contra la Mujer que se realizó con auspicio de [Centro de Estudios de Justicia de las Américas](#) (CEJA). Este estudio puede ser el abreboca para insertarnos a la realidad de la normativa penal sobre el estupro.

En este sentido, en dicha investigación se afirma que en las primigenias legislaciones penales se intentaba criminalizar las prácticas en contra de las de las mujeres vírgenes, que inmediatamente perdían su valor económico para la entrega en

²¹⁶ F. SÁNCHEZ, *Delitos contra el Pudor...* op. cit., p. 59.

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 61.

matrimonio. En este sentido, hablamos de un valor pecuniario de la virgen, así como de la salvaguarda de la honra masculina de casarse con una mujer que posea esta característica. Por su parte, este informe hace notar que la mayoría de los códigos penales de América Latina, recogen al bien jurídico protegido de la virginidad femenina, ya que era patrimonio de la familia de dicha mujer.²¹⁸

Ahora bien, si hablamos del caso argentino, el estupro estaba contemplado dentro de los delitos contra la honestidad, que ahora están clasificados como delitos contra la integridad sexual. En este país, el estupro se estipulaba con la salvedad de que el sujeto pasivo sea una mujer honesta de entre 12 y 15 años. Por su parte, el Código Penal de 1886, estipulaba en su Art. 130 la idea de estuprar a una mujer virgen de las mismas edades. Es la ley 25.087 de 1999, la que suprime dicha denominación de mujer honesta.

Por su parte Brasil, tiene una clasificación particular, ya que hablamos de delitos contra las costumbres²¹⁹. Así, la víctima debe ser una mujer virgen de entre 14 y 18 años, que separadamente sea inexperta o que haya cedido al acto por justificable confianza, como sujeto pasivo de la infracción. La acción nuclear, a diferencia de la denominación usada en nuestro país, es la conjunción carnal. Cabe recalcar que para el año del 1989, es este país, el estupro se refería directamente a la violación y lo que se tomaba por estupro simple, se lo llamaba seducción.

En Cuba tenemos que su Art. 305 se tipifica el estupro como la relación sexual con mujer soltera mayor de 12 años de edad o menor de 16 años de edad, empleando abuso de autoridad o engaño.

Para tratar el caso de Estados Unidos, habría que revisar cada una de las legislaciones de los estados que lo conforman. Por este motivo, hemos tomado a manera ejemplificativa al Estado de Arizona, donde se norma la “conducta sexual con un menor” que resulta lo más cercano al tipo penal en cuestión. En el mencionado estado se lo establece como el coito o la relación sexual oral con una persona menor a

²¹⁸ CEJA, *Violencia contra las Mujeres*, Guatemala, disponible en: http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/informe_guatemala.pdf, consultado el 1 de mayo 2008.

²¹⁹ CIDH, *Informe Sobre La Situación De Los Derechos Humanos En Brasil Capítulo Viii Los Derechos Humanos De La Mujer Brasileña*, Art. 217 – seduzir mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança, disponible en <http://www.cidh.org/women/brasil97cap8.htm>, consultado el 17 de marzo 2008.

los dieciocho años.²²⁰ Si dicho delito se cometiese con un menor de 15 años cambia el tipo de pena. Si el sujeto activo tuviese alguna relación filial o fuese tutor o padrastro, no se le permitirá acceder a los métodos alternativos a la prisión.

Según las estadísticas este tipo de delitos no se dan de manera común, pero cuando se trata de derogarlos existe mucha resistencia.

Por otro lado, tenemos el ejemplo de los Emiratos Árabes Unidos donde en su Código Penal Federal como en cuatro de sus siete Emiratos, se establecen los crímenes exactamente como en la Ley Islámica. En este caso, hablamos de que cualquier relación sexual fuera del matrimonio tradicional heterosexual es un crimen y su pena sería desde la cárcel, multas, deportación, hasta la pena de muerte. De esta forma, no encontramos una parte específica que trate el tema de las relaciones sexuales con menores, pero sí donde cualquier hombre y mujer que tengan relaciones sexuales sin estar casados ya serían culpables de una “Ofensa de la Ordenanza Zina”. Las penas pueden ser apedradas o cien latigazos en un lugar público, luego de la confirmación de la Corte pertinente. Si tuvieran relaciones sexuales en contra del orden natural, es decir, anal, bucal o con un animal, serán sujetos a cadena perpetua²²¹.

²²⁰ Arizona State Legislatura: 13-1405. Sexual conduct with a minor; classifications

A. A person commits sexual conduct with a minor by intentionally or knowingly engaging in sexual intercourse or oral sexual contact with any person who is under eighteen years of age.

B. Sexual conduct with a minor who is under fifteen years of age is a class 2 felony and is punishable pursuant to section 13-604.01, disponible en:

<http://www.azleg.state.az.us/FormatDocument.asp?inDoc=/ars/13/01405.htm&Title=13&DocType=ARS>, consultado el 21 de Marzo 2008.

²²¹ Section 4 and 5 of the 'Offence of Zina (Enforcement of Hudood) Ordinance'

'(4) Zina: A man and a woman are said to commit 'Zina' if they willfully have sexual intercourse without being validly married to each other.

Explanation: Penetration is sufficient to constitute the sexual intercourse necessary to the offence of 'Zina'. 2) Whoever is guilty of 'Zina' liable to 'Hadd' shall, subject to the provisions of this Ordinance a) if he or she is a 'Muhsan', be stoned to death at a public place ; or b) if he or she is not a 'Muhsan', be punished, at a public place, with whipping numbering one hundred stripes.3) No punishment under sub-section (2) shall be executed until it has been confirmed by the Court to which an appeal from the order of conviction lies ; and if the punishment be of whipping, until it is confirmed and executed, the convict shall be dealt with in the same manner as if sentenced to simple imprisonment.' 'Whoever voluntarily has carnal intercourse against the order of nature with any man, woman or animal, shall be punished with imprisonment for life, or with imprisonment of either description for a term which shall not be less than two years nor more than ten years, and shall also be liable to a fine.'

Por su parte, en Arabia Saudí también es la Ley Islámica Sharia la que no permite las relaciones sexuales fuera del matrimonio. En caso de que sea sin consentimiento o fuera el sujeto pasivo un menor de edad se consideran agravantes.²²²

En Zimbabwe se prohíbe cualquier relación sexual extra-marital o acto inmoral o indecente cometido con una persona menor de dieciocho años.²²³

En Rusia, por su parte, el hecho de tener relaciones sexuales, actos homosexuales o lésbicos, entre una persona mayor de dieciocho años y una menor de dieciséis la pena puede ser entre 3 años de prisión o 4 de reclusión.

Si tomamos en cuenta el ejemplo de la legislación del Estado de Queensland en Australia, podemos observar que la figura sería la de “conocimiento carnal con una menor de 16 años”. En el evento de que fuese mayor de doce, serán catorce años de prisión, lo que equivaldría a la pena de tentativa en caso de que fuese menor de doce. Si se consumara el delito o fuese su curador, daría cabida a cadena perpetua. Las penas, como podemos observar en este ejemplo, resultan mucho más gravosas que las de la legislación ecuatoriana.

En el caso europeo, tenemos que en Bélgica no existe la figura *per se*, lo más cercano fue el atentado contra el pudor sin violencia ni amenazas del Art. 372 del Código Penal Belga. En Austria, por su parte, la sentencia es de uno a diez años y no hace alusión a la mujer ni su honestidad.

En Canadá, en su Parte V sobre Ofensas Sexuales, y Conductas Públicas Desordenadas, no encontramos un delito semejante al del estupro. Tampoco se ha encontrado la figura en el Código Penal de Albania, uruguayo, ni en el colombiano, respectivamente.

²²² Sexual intercourse with a female under thirteen, incest, sodomy, lewdness and using children for indecent purposes etc. The Islamic Sharia Law forbids all forms of sexual intercourse taking place outside of marriage, irrespective of couple's sex, relationship, consent, age. The person concerned is discharged from responsibility if he/she does not consent to the act and is a minor. The absence of consent, the minority of the person and kinship are considered as aggravating circumstances, disponible en www.interpol.int/public/children/sexualabuse/nationallaws/csasaudiarabia.pdf, consultado el 13 Marzo 2008.

²²³ 3. Prohibits extra-marital sexual intercourse or immoral or indecent act committed with young person. Here young person means below the age of 18 years., disponible en www.interpol.int/public/children/sexualabuse/nationallaws/csazimbabwe.pdf, consultado el 12 de Marzo 2008.

Por su parte en el Art. 526 del Título IX sobre Delitos contra la Moralidad Pública²²⁴ y las Buenas Costumbres de Italia, que trataba la promesa de matrimonio fue derogado en el año 1996. Por otro lado, en Uruguay tampoco hemos hallado una figura como tal.

Luego de este análisis podemos concluir que en legislaciones más avanzadas ya no se toma en cuenta el delito de estupro. En otras se les da otro alcance y en muchas se mantenía los rezagos androcéntricos de tomar a la doncella o a la mujer honesta como sujeto pasivo del mismo. Tenemos por otro lado que, en legislaciones más fundamentalistas, son penados no sólo el estupro, sino cualquier tipo de relación sexual extramatrimonial.

Es importante resaltar que las etiquetas que han sido utilizadas para catalogar al delito de estupro y a sus compañeros en la teoría de delitos sexuales (algunos con clara e imperante necesidad de tipificación y penalización) tienen una falla. Tal y como se indica en la Enciclopedia Omeba, estos epígrafes “reflejan una defectuosa técnica jurídica y una apreciación inadecuada de la realidad social. También la influencia de una tendencia literario-juridizante que, hace unas cuantas décadas, tuvo cierta boga al traer dentro del ámbito del Derecho penal la libertad de amar, el predominio de lo sexual, etcétera.”²²⁵ De esta forma, como bien se explica en la mencionada enciclopedia, se evidencia que el tratamiento de los códigos penales sobre las relaciones sexuales, tienen que ver visiblemente sobre la concepción misma de este tipo de relaciones en la sociedad.

Debe quedar esclarecido que esto es lo que se espera de la normativa y de un ordenamiento jurídico cabal, que a partir de las situaciones sociales se promulguen las normas necesarias. Sin embargo, el problema, en el caso particular del estupro, radica en que la evolución del tema no ha sido tomada en cuenta en su totalidad. Quizás si nos encontramos frente a un tipo penal que cambia de tomar al sujeto pasivo “mujer honesta” a “persona” pero que en realidad con su intento de darle una perspectiva de

²²⁴ CODIGO PENAL ITALIANO, Titolo Ix - Dei Delitti Contro La Moralità Pubblica E Il Buon Costume Art. 526 Seduzione con promessa di matrimonio commessa da persona coniugata Chiunque, con promessa di matrimonio, seduce una donna minore di età, inducendola in errore sul proprio stato di persona coniugata, e' punito con la reclusione da tre mesi a due anni. Vi e' seduzione quando vi e' stata congiunzione carnale. Articolo abrogato dall'art. 1 della L. 15 febbraio 1996, n. 66 disponibile http://it.wikisource.org/wiki/Codice_Penale/Libro_II/Titolo_IX

²²⁵ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Driskill S.A, op. cit., p. 237.

género, para que tantos hombres como mujeres se vean en la posibilidad de ser víctimas de estupro, se olvida de que la constante evolución de la sociedad, en sus costumbres involucran y “suponen una mayor desenvoltura en las relaciones sexuales”.

Es necesario recordar que los tipos penales deben ser un “producto social”, que si bien tuvieron aceptación en un momento dado, ya no tienen cabida en una sociedad moderna, y que evitan llevar a plenitud la función social del Derecho Penal. Así, muchas legislaciones han entendido y asimilado esta idea, mientras que otras mantienen sus erradas concepciones.

3.4 El estupro en la legislación ecuatoriana

Para analizar el tema del tratamiento del estupro en la legislación ecuatoriana es preciso remitirnos a los diferentes Códigos Penales de nuestro país.

El Código Penal de 1837²²⁶ estipula que:

Art. 495: los que fueren convencidos de haber violado la *virginidad* de alguna mujer, sin fuerza ni violencia, sino por seducción o halagos, serán desterrados por dos a cinco años del domicilio de la agraviada y cincuenta lenguas en contorno o condenados a pagar una multa que señalarán los jueces de derecho, desde cincuenta a dos mil pesos atendidas las circunstancias del violador. Estarán esentos²²⁷ de estas penas siempre previas formalidades, contrajeran matrimonio con la agraviada.

Esta norma, es la viva demostración de la visión androcéntrica que se verá a lo largo de todos los códigos penales de la Historia del Ecuador hasta el 2005, ya que expresamente se refiere a la virginidad de la mujer, que luego pasa a ser tomada como honestidad. Sin embargo, como podremos notar, el análisis de dicha honestidad va a seguir radicando en gran medida en el hecho de que la mujer sea o no virgen.

En el Código Penal de 1889²²⁸, promulgado el 3 de noviembre de 1871, en tiempos de Gabriel García Moreno, no tenemos la denominación de estupro en el título VIII De los Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias y Contra la

²²⁶ Código Penal Imprenta del Gobierno, 16 marzo 1845.

²²⁷ Consideramos que se refiere a la palabra exentos, pero dado a que transcribimos literalmente la norma hemos mantenido su escritura.

²²⁸ En el Código Penal y Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal de la República del Ecuador Nueva Cork Imprenta “las novedades” N.23 Liberty Street 1889.

Moral Pública. Sin embargo, hemos encontrado en la norma que se expresa en el mismo sentido:

Art. 395 Los que violaren la virginidad de una mujer mayor de catorce años y menor de veintiuno, sin fuerza ni violencia, sino por seducción y halago, serán castigados con seis meses a tres años de prisión.

El Art. 399 estipula los agravantes de esta norma en caso por ejemplo de ascendientes, autoridad sobre ella, institutores, sirvientes, funcionario público, ministro de culto, médicos, cirujanos o personas a las que se hayan confiado para su cuidado.

Por su parte, el Código Penal del 22 de marzo de 1938 decretado en el tiempo del General G. Alberto Enríquez como jefe supremo de la República estipula que:

Art. 485 “Llámase estupro la cópula con ***una mujer honesta***, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.

Art. 486 el estupro se reprimirá: con prisión de tres meses a tres años, si la mujer fuere mayor de catorce años y menor de 21; y dos si la mujer fuere menor de catorce años y mayor de doce la pena será de 2 años a 5 de prisión.

De aquí la redacción que se mantendrá hasta el año 2005, aunque con la diferencia de la edad del sujeto pasivo.

En el Código Penal de 1953²²⁹ como el de 1971, encontramos en el Art. 485 “llámase estupro la cópula con ***una mujer honesta***, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento”. El artículo siguiente es el que determina la misma pena indicada anteriormente según la edad de la mujer. En el de 1971, el Art. 510 rebaja la edad de la mujer a los 18 años en vez del límite de 21 años.

Tanto el Código Penal actualizado a diciembre de 1991, a octubre de 1993, a mayo de 1997, a noviembre 1998, a agosto del 2002 y a junio del 2003 se refieren al Código del R.O.-S 147:22 de enero de 1971 y estipulan que es estupro la cópula con ***una mujer honesta***, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento. Se determina también que la pena será de tres meses a tres años en caso de que la mencionada mujer tenga entre 14 y 18 años y de dos años a cinco años si fuese tuviese entre 12 y 14 años.

²²⁹ Código Penal República del Ecuador Talleres Gráficos Nacionales 1953.

Ya para el año 2005 se realiza una reforma legal, gracias a la Ley 2005-2 R.O. 45, 23-VI-2005 donde el término mujer honesta es sustituido por *persona*.

Art. 509 reformado. Llámase estupro la cópula *con una persona*, empleando seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.

Otro cambio que se suscita a partir de esta reforma es la de la edad con respecto a la pena. De esta manera, queda derogado el Art. 511 y si la persona tuviese entre 12 y 14 años, sería considerado violación y no estupro y se mantiene la pena entre los 14 y 18 del Art. 510. Cabe recalcar que esta reforma se da mediante el proyecto de ley reformatoria al código penal N: 25-415 auspiciado por la Sra. Soledad Aguirre, de entre otros diputados.

Sería importante resaltar las ideas de BIBIANA SEGURA quien sugiere que la legislación penal sigue siendo anacrónica y androcéntrica en lo tocante a los delitos sexuales²³⁰. La queja clara de SEGURA, antes de la reforma, era referida a cómo el tipo penal podía exigir la honestidad de una mujer para que esto constituyera delito. Por otro lado, recalca que en ninguna norma penal se pide la honestidad de los hombres.

Sin embargo, en el proyecto de ley reformatoria al Código Penal, presentado por la Comisión Especializada Permanente de lo Civil y Penal, se remitió con otra propuesta de artículo, este era:

Art. 509 “comete delito de estupro quien, empleando la seducción o a base de engaños, logra la cópula con una *persona honesta*”

Aquí, como podemos ver, cómo se evidencia nuevamente el querer condicionar la supuesta protección de un bien jurídico, siendo altamente discriminatorio.

En este punto resulta importante resaltar lo mencionado en el Informe de “Género y Reforma Procesal Penal-Ecuador”²³¹ a cargo del CEJA, el mismo que identifica los avances a raíz de la reforma. En este sentido, cuando trata sobre la descripción sobre delitos sexuales, cita a Chávez e indica que:

El estupro es uno de los delitos que técnicamente ha evolucionado menos. No pocos de los Código Penales se hallan aún apegados,

²³⁰ B. SEGURA, *Taller Impartido sobre Delitos Sexuales, Género y Derecho Constitucional...* op. cit., p. 151.

²³¹ CEJA, *Género y Reforma Procesal Penal-Ecuador*, disponible en www.cejamericas.org/doc/proyectos/Informe_Ecuador.pdf consultado el 1 de Mayo 2008.

aunque a veces con etiquetas nuevas, a viejas descripciones o tipos que no corresponden a las exigencias actuales. Es todavía uno de los delitos donde la idea de pecado o de inmoralidad sobrevive con fuerza. Esto, y el hecho de que el término estupro se use aún en otra forma vaga y confusa, suscita una serie de dificultades no siempre fáciles de comprender y resolverse.²³²

A partir de la lectura de los cambios del tipo penal del estupro en los códigos penales, evidenciamos una notable inconstitucionalidad de estas normas con relación a las Cartas Magnas vigentes en su tiempo. A lo que podemos sumar la preocupación sobre la actividad de los jueces y juezas que aplicaron dicho tipo penal a pesar de esta característica.

3.5 La víctima de estupro frente al Proceso Penal

Para empezar con el análisis de la víctima de cara al proceso penal, podemos retomar lo que acertadamente explica ARTURO DONOSO sobre la distinción de las acciones penales en el delito de estupro. En este sentido, el autor indica que si la mujer u hombre, sujetos pasivos del delito, oscilan entre los 16 y 18 años, dará lugar a una acción penal privada, lo que está claramente estipulado en el Art. 36 del Código de Procedimiento Penal. La particularidad se da en razón a que este cuerpo legal mantiene al estupro como si se pudiese darse únicamente respecto de la mujer.²³³

En el caso de darse entre los 14 y los 16 años, constituye un delito de acción pública, lo que se infiere únicamente de la falta de disposición al respecto aunque cabe mencionar que en materia penal la interpretación se encuentra prohibida. Si el sujeto pasivo es menor de 14 años esto llevaría a otro tipo penal, la violación, por tanto una acción pública.

En este sentido, podemos observar que existe, por así decirlo, un estupro privado y uno público, evidenciando escalones de importancia sobre la salvaguarda de

²³² S. TOSCANO, *La sexualidad frente al Derecho*, Quito, 1998, páginas 134 al 140 citado por www.cejamerica.org/doc/proyectos/Informe_Ecuador.pdf consultado el 1 de Mayo 2008.

²³³ Código Procedimiento Penal Registro Oficial Suplemento 360, 13 de Enero de 2000. Artículo 36.- Delitos de acción privada.- Son delitos de acción privada:

a) El estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho

la libertad e inexperiencia sexual (antes honestidad sexual). Esto se traduce en un claro atentando contra el debido proceso y el derecho de igualdad ante la ley.

Así, es de opinión de BIBIANA SEGURA, que la diferenciación del tipo de acciones se basa en una cuestión meramente civil, la de la edad. Así, pareciese que se renuncia a la protección del derecho, dice, bajo el auspicio de perjuicios morales y sociales.²³⁴

Por otra parte, quisiéramos mencionar que más allá de las consideraciones formales del procedimiento a seguir en relación al estupro, hemos apreciado de vital importancia más bien tomar en cuenta el papel de la víctima frente al proceso penal con respecto de los delitos sexuales, como la violación (incluido muchas veces el estupro), que deberían ser materia de gran preocupación.

De esta manera, debe quedar claro que la intención de un procedimiento como éste, es el buscar la responsabilidad penal con respecto del imputado, claro está, con la presunción de inocencia de la mano. Sin embargo, en nuestro país lo que se logra a partir de este tipo de procesos es revictimizar a la víctima e invisibilizarla dentro de las normas procedimentales, olvidando completamente los conceptos criminológicos que giran alrededor de esta situación.

Primero que nada, la propia víctima es estigmatizada como delincuente por una serie de personas que, muchas veces, no están capacitadas para llevar un proceso como estos y lo que hacen es juzgar sus actos. En este sentido, podemos citar como ejemplo el informe de la CEJA sobre Violencia en Guatemala donde se ha afirmado que los médicos forenses del organismo judicial, no se preocupan en nada por la víctima sino que centran su trabajo en determinar si la mujer es virgen o no. De esta manera, en caso de que la chica no haya sido virgen, dicho dictamen es el mejor mecanismo para eximir de responsabilidad al autor.²³⁵

La legislación penal y procedimental penal, debería solventar sus falencias normativas y prácticas con respecto de los delitos sexuales, con la ayuda de un equipo

²³⁴ B. SEGURA, *“Género y Derecho Constitucional”*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, p. 152.

²³⁵ 155 Entrevista con Mario Guerra, director del Servicio Médico Forense del Organismo Judicial. Guatemala Ciudad, 4 de enero de 2004; y entrevista telefónica efectuada el 23 de julio del mismo año.p. 69 http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/informe_guatemala.pdf

interdisciplinario de médicos, psicólogos, abogados etc., perteneciente a un Programa Nacional eficiente de Protección a Víctimas y Testigos.²³⁶

3.6 Jurisprudencia Ecuatoriana

La jurisprudencia, como una importante fuente de Derecho, no puede ser dejada de lado en el presente trabajo. Como indica CARDOZO: “los jueces son sólo bocas que pronuncian las palabras del Derecho”.²³⁷

En este sentido, hemos revisado algunas sentencias relevantes referentes al tipo penal en cuestión. En ellos, hemos encontrado los criterios que han seguido los jueces para fallar de determinada manera, así como conceptos significativos sobre el estupro. Esta síntesis será presentada de manera cronológica para facilitar su comprensión:

Juzgado 2do del Crimen de Carchi (11 de septiembre 1974): en el presente caso la Sala falla a favor de la víctima, ya que mediante testigos de la defensa, no se logró demostrar que ellos conociesen que “haya tenido relaciones amorosas con otras personas diferentes, y peor sexuales, reafirmandose entonces que tal menor de edad es una persona de buena conducta...”

Primera Sala de la Corte Superior de Quito (7 Abril 1975): en este fallo encontramos que en efecto fue probado que la chica era honesta, ya que los testigos de la defensa así lo manifestaron. Uno de ellos mencionó “que era notorio la relación existente entre los dos, así Martínez sacaba a la muchacha en una camioneta color rojo...”

Primera Sala de la Corte Superior de Quito (19 de noviembre 1975): En este caso llama la atención que los jueces hayan basado su argumento en que el acusado no logró probar que a la chica se la haya visto con otros hombres y por tanto que la agraviada fuese una mujer experimentada.

Tercera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil (20 Julio 1977): en este fallo resulta interesante, que la víctima haya confesado posteriormente que no se trató nunca de estupro y que todo ocurrió de manera voluntaria. Aclara que tanto su

²³⁶ Entrevista al Dr. Reinaldo Calvachi, Marzo 2008.

²³⁷ A. FACIO, *Hacia otra teoría crítica del Derecho...* op.cit., p.24.

padre como su madrastra fueron quienes la obligaron mediante presión a dar tal testimonio. Por tanto, se sobresee definitivamente al acusado.

Segunda Sala 17 Marzo 1998: en esta sentencia encontramos un razonamiento un poco más coherente con respecto a la calificación de honestidad de la mujer. En este sentido, la sala expone que “la sentencia impugnada vincula la honestidad con la seducción y el engaño, y más aún en el considerando cuarto vierte conceptos prejuiciados sobre la mujer honesta, toda vez que presume como tal a M.G por ser menor de quince años estudiante de uno de los mejores colegios de la provincia tanto en el aspecto material como moral. Si esta apreciación fuere cierta significaría que las mujeres que no son menores de quince años y que no estudian en buenos colegios no son honestas lo cual repugna al buen sentido y a la equidad”.

Segunda Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia (27 Abril 2004): en este recurso de casación se analiza que no se trató de un delito de violación, ya que no existió violencia. Sin embargo, se determinó que la víctima fue engañada con la expectativa de que se le iba a conseguir un trabajo. Lo sorprendente de esta jurisprudencia es que los jueces de la Sala no lo toman como violación puesto que la chica accedió a entrar al hotel, luego del acto no huyó y al día siguiente fue al Parque de la Carolina con el imputado. Todas las situaciones antedichas, afirman los jueces, no demostraron una seria y tenaz resistencia o por su parte dicen ellos, no representan una manera normal de actuar cuando una persona ha sido violada (¿jellos lo saben a ciencia cierta...todas las personas violadas reaccionan de la misma manera!). A nuestro juicio, se olvidaron convenientemente, que el imputado hizo esperar a la muchacha con el ofrecimiento de traer una persona que le ofrecería un trabajo. Más allá de esto, se determinó que al volver dicho hombre le tapó la boca con una sábana y procedió a accederla por la vía anal, lo que al parecer, no fue suficiente para que se configure la violación.

Segunda Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia (25 junio 2004): en este recurso la Ministra Fiscal presenta que la menor no es anulada de su voluntad por sufrir de un ligero retardo mental pero que esta característica sí influye de alguna manera en que haya sido seducida más fácilmente. Sin embargo, se determina que no

hubo engaño, ya que al haber sido enamorados y en efecto haber contraído matrimonio éste se anula.

Esta sentencia nos lleva a pensar que mientras más débil mental se es, es más fácil caer en las “trampas” de la seducción. En este sentido. El tipo penal, anterior a la reforma, da a entender que los hombres, no son susceptibles de ser seducidos sin importar su edad, mientras que las mujeres por su retardo en referencia a ellos, sí son más vulnerables a ser seducidas más fácilmente.

Segunda Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia (7 septiembre 2004): en este recurso de casación, se presenta la particularidad de la edad de los sujetos, ambos pertenecientes al mismo establecimiento educativo. Cabe mencionar que la defensa del imputado se basó en la afirmación de que se la conocía como una chica de mala conducta. Fue de opinión del Tribunal Penal de Napo que la falta de virginidad y la experiencia sexual anteriores de la menor dan a conocer que ella estuvo en capacidad de consentir.

Esto nos lleva a pensar que entonces, ninguna mujer virgen puede consentir realmente en iniciar una vida sexual. Únicamente aquellas que tienen una experiencia sexual previa pueden hacerlo. Pero ¿cómo llegan a tener dichas experiencias, si no tuvieron una que se determinó como la primera de todas?

Por otra parte, consideramos importante resaltar dos puntuales criterios jurisprudenciales que han sido encontrados:

- La víctima es mujer honesta, no solamente por su edad, el hecho de ser estudiante, hija de familia y las pruebas constantes en autos²³⁸.
- La valoración de los actos humanos en lo atinente a la honestidad, no ha permanecido inmutable, por el contrario más bien ha sido cambiante de acuerdo a determinadas épocas, conceptos y costumbres. La sociedad actual no siempre se alarma de conductas o actos que ayer se los consideraba impúdicos y aún reprimidos penalmente²³⁹.

Luego de esta presentación de casos y de los criterios de los diferentes tribunales penales de distintas instancias, podemos ver que los jueces y juezas que hayan tenido que ver con los mismos, han respondido a criterios sociales y morales de la concepción de una mujer. En nuestra opinión, se es posible culparlos del todo, ya

²³⁸ 4-XI-87 GJ S XV N. 1 p. 128

²³⁹ 26- III.90 Prontuario 3, pp. 170 y 171

que esa es la esencia misma del tipo penal del estupro. Sin embargo, me parece riesgoso el hecho de que el delito de violación, gravísimo en cualquier contexto, venga a ser minimizado y trasladado al delito de estupro como una salida quizás para dar lugar a una pena inferior, como estrategia de los abogados. Consideramos que es también una muestra del sesgo por parte de los jueces y de su pensar sobre cómo una persona violada debe o no hacer.

Por otra parte, las jurisprudencias anteriores a la reforma presentan un claro sesgo androcéntrico y que se basa únicamente en la buena o mala reputación de la mujer, dicho de boca de una serie de testigos. Esto casi siempre ligado a que haya sido virgen o no.

En este punto podemos retomar el citado Informe sobre “Género y Reforma Procesal Penal Ecuador”, el mismo que tiene datos interesantes sobre la administración de justicia y el tipo penal del estupro.

De este estudio podemos resumir que entre los años 2002-2003 de los casos de Quito, Guayaquil, Cuenca y Azogues, sólo hubo 3 sentencias que subieron al tribunal de casación, las que en dos casos tuvieron que ver con un sujeto activo, extraño a la víctima. Según el Departamento de Estadística del Ministerio Público del Ecuador de septiembre a septiembre de los mencionados años hubo 133 denuncias (2.51%) de estupro de un total de 5391 denuncias de delitos sexuales.²⁴⁰

De estos casos se puede observar que los fiscales suelen pedir de 2 hasta 16 años de reclusión, aunque en realidad la pena máxima asignada ha sido de 3 años.

En este sentido, del análisis del mencionado informe se resume que “es un delito que casi no se denuncia tal vez por la dificultad de probarlo”. Por otra parte, se asevera que son los testigos uno de los medios probatorios más practicados para analizar las conductas de los sujetos del delito, corroborando el análisis realizado a partir de las jurisprudencias presentadas anteriormente.²⁴¹

²⁴⁰ CEJA, Género y Reforma Procesal Penal-Ecuador, disponible en www.cejamericas.org/doc/proyectos/Informe_Ecuador.pdf consultado el 1 de Mayo 2008.P. 75

²⁴¹ *Ibíd.*, p. 97.

3.7 Análisis del concepto desde la perspectiva de Género

Para desplegar las ideas del presente título, quizás el más importante de todo el trabajo, es inevitable hacerlo con ciertas explicaciones y salvedades.

Primero que nada, cabe explicar que la perspectiva de género, es “el enfoque o contenido conceptual que le damos al género para analizar la realidad y fenómenos diversos, evaluar las políticas, la legislación y el ejercicio de derechos, diseñar estrategias y evaluar acciones, entre otros”.²⁴² De esta forma, el aplicar esta visión enriquecerá la forma de ver la realidad y de actuar sobre ella.²⁴³

Segundo, debe quedar claro, que, el fundamento de la presente tesina, trata de mostrar la parcialidad androcéntrica del ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el ejemplo del estupro. Por este motivo, les invitamos a ponerse los lentes del género, como diría FACIO, para la lectura de la presente sección.

Ahora bien, es preciso explicar de manera general, la metodología que usaremos para analizar porqué la norma del estupro fue y es discriminatoria. Para esto, utilizaremos una serie de ideas de algunas corrientes feministas, que con su labor de analizar las leyes desde una Teoría Crítica del Derecho, se insertan en el mismo y observan si la tarea de éste es el mantenimiento y reproducción del patriarcado. De igual manera tomaremos a FACIO, en “Cuando el género suena, cambios trae”²⁴⁴ donde nos presenta claramente los seis pasos necesarios para el análisis de una norma desde la perspectiva de género.

En este punto, la pregunta pertinente sería ¿Por qué se logra afirmar que las normas jurídicas fueron hechas por y para hombres, como el caso del estupro? Y como en palabras de FACIO ¿Por qué la base fundamental del Derecho está históricamente condicionada a esa parcialidad?

La respuesta a estas preguntas no son nada complicadas y se aplican a todas las normas así concebidas, como para el caso particular: “por haber tomado como modelo

²⁴² IIDH, “Marco de referencia ...Módulo 1”, GUZMAN y CAMPILLO, p. 17 en Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional*, San José, 2004, p. 76.

²⁴³ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional*, San José, 2004, p. 76

²⁴⁴ A. FACIO, *Cuando el Género Suena Cambios...*, op.cit., p. 156.

de sujeto de derechos y obligaciones al varón únicamente, y de éste, sólo al de cierta clase, raza, religión, preferencia sexual, etc.”²⁴⁵ Por otra parte, es de opinión de PICQ, que más que tomar en cuenta sólo a los hombres, cuando el derecho habla de la mujer, éste la define dentro del rol pre-determinado al que está supuesta a jugar en la sociedad”²⁴⁶.

3.7.1 El estupro, los feminismos y la Teoría Crítica del Derecho

De esta forma, pasaremos al estudio de los feminismos que consideramos más acordes al tipo penal y de cómo, ellos hacen de la Teoría Crítica del Derecho, un medio para explicar el rol de esta ciencia con respecto al patriarcado. Dicha teoría se vuelve feminista, cuando su intención final es eliminarlo.

En primer lugar, estas corrientes comienzan centrándose en la posibilidad de “lograr que las mujeres puedan hacer todo lo que los hombres hacen, en la forma como lo hacen”.²⁴⁷ Así, se cuestiona como el Derecho declaró a las mujeres, en un momento dado como incapaces, y omitió la oportunidad de demostrar que no lo eran.

Para solucionar este problema es necesaria la derogación de las normas que discriminan de esa manera pero sin olvidar la falta de declaración de derechos específicos de las mujeres, lo que sería un tema más bien de promulgación de normas.

Si aplicamos esta crítica al caso particular del estupro, podemos observar que dicha norma convertía a las mujeres, automáticamente, en seres incapaces de escoger sobre sus cuerpos y sobre las relaciones sexuales que deben o no tener. Hablamos también que, deliberadamente, se las asume como incapaces de razonar al respecto de un engaño, o una seducción, que a nuestro parecer es un medio legítimo dentro de las relaciones interpersonales.

Otra crítica que se presenta hacia el Derecho, se da con respecto a que las personas como motor del aparato institucional de justicia de los países, no son sensibles a los temas de sexismo en su trabajo cotidiano. En este sentido, la perspectiva

²⁴⁵ A. FACIO, *Hacia otra teoría crítica del Derecho*, en *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO, Conamu, Quito, 2000, p. 15.

²⁴⁶ Entrevista a Manuela Picq, profesora de Gender & Human Rights, USFQ, Abril 2008.

²⁴⁷ A. FACIO, *Hacia otra teoría crítica del Derecho*,...op. cit., p. 17.

de género que debería aplicarse es casi nula y el sesgo androcéntrico viene a ser el preponderante, por más que se dicten buenas y objetivas leyes.

De esta forma, la aplicación e interpretación de la norma, en el caso del estupro, como vimos en el título sobre jurisprudencia ecuatoriana, parece responder a esta crítica, aunque no pudiésemos generalizar (aunque sí concienciar sobre que se da en su gran mayoría) sobre que en todos los funcionarios de justicia existe esta predisposición a omitir la perspectiva de género. Sin embargo, habría que diferenciar entre las normas discriminatorias, y que su interpretación y aplicación esté sesgada. Aquí, entrarían, por ejemplo, los valores personales y culturales del juez o jueza que los llevan a fallar de determinada manera. En esos casos, cualquiera de estos alcances debería ser tratado con una clara perspectiva en base a los derechos humanos.

Una tercera crítica, enfoca su objetivo en que a la sociedad le interesa buscar solamente la solución de determinados problemas, es decir, aquellos que le convienen. De esta forma, criticaríamos al ordenamiento jurídico de nuestro país, por sus omisiones, más que por sus acciones. Entonces el estupro no sería tema de discusión de esta crítica, ya que la respuesta a este problema, es la promulgación de leyes y no su derogación.

La crítica presentada en cuarto lugar, una más radical como menciona FACIO, acepta la diferencia entre hombres y mujeres, y que dicha diferencia es acogida por el Derecho, pero en beneficio únicamente de los hombres. Entonces se introduce al estupro como una norma que protegía a los hombres de casarse con mujeres vírgenes y por lo mismo el mantenernos como pasivas en todo sentido.

Otra crítica se concentra en explicar que existen sesgos androcéntricos, en los mismos Derechos Universales, Garantías Constitucionales, en los mecanismos de protección y hasta en la lógica jurídica misma. Reprochando así, nuestra forma de vida por miles de años. Justamente, la respuesta sería contar con un nuevo análisis dentro de la teoría y metodología del Derecho y de su promulgación. Cabe mencionar que esta crítica ha sido resistida y atenta con ir demasiado lejos. Es de nuestro parecer, que lo que se necesita es más bien ampliar la gama de los derechos humanos, dar efectividad a los existentes y crear reales mecanismos de cumplimiento de los mismos. Así, se acortaría la brecha que existe entre las normas internacionales y el derecho doméstico y

su real puesta en práctica. A pesar de esta aclaración, sí concordaríamos con el hecho de que la universalidad de los derechos humanos se queda corta para las necesidades de las mujeres, es decir, trata temas como la igualdad ante la ley y la no discriminación, pero muchas veces como concesiones o regalos especiales hacia el género femenino.

3.7.2 Pasos para analizar el tipo penal del estupro como norma discriminatoria²⁴⁸

En este momento es preciso seguir los 6 pasos que propone FACIO para analizar si la norma del estupro es o no discriminatoria, acotando que este procedimiento ya ha sido utilizado en una serie de proyectos de ley en Centroamérica. De esta manera, cabe anotar que la mencionada metodología se pudiera aplicar no sólo en el estupro vigente y anterior, sino a cualquier norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano:

Paso 1: Tomar conciencia a partir de la experiencia personal, de la subordinación del género femenino al masculino.

De esta manera, y siguiendo el consejo de la autora, durante toda esta tesina, no ha habido más que la reflexión sobre qué bien jurídico protegido realmente trata de salvaguardar el tipo penal del estupro.

²⁴⁸ Alda Facio es una jurista y escritora costarricense que trabajó quince años en el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito (ILANUD), al frente del Programa Mujer, Justicia y Género. Ha participado en múltiples encuentros nacionales en diversos países, y de cumbres internacionales. Ha liderado procesos decisivos, como el Caucus de Mujeres por una Justicia de Género en la Corte Penal Internacional, que ella fundó en 1997 y dirigió en Nueva York hasta 1999, y desde el cual incidió para el establecimiento de esa Corte, sobre todo cuando coordinó la participación de 700 ONG del mundo en la Conferencia Mundial de Plenipotenciarios, realizada con ese propósito, disponible en

http://www.unifemandina.org/un_archives/MM4%20LAS%20HISTORIAS%20Alda.pdf, consultado el 1 de mayo 2008, con respecto de su metodología de análisis ha sido usado en el análisis de la promulgación y derogación de leyes en el marco del movimiento feminista centroamericano durante los últimos años. Los seis pasos han sido usados asimismo por el Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer CLADEM en su taller sobre “Derechos Humanos desde la perspectiva de género” realizado en Guadalajara para el análisis de la DUDH disponible en <http://cladem.org/espanol/regionales/declaracion/jalisco.asp>, consultado el 24 de Abril 2008.

Aquí, entra la concientización y la sospecha sobre el rol que el derecho con la norma del estupro, atribuía a las mujeres con respecto a su estilo de vida. De la misma manera podemos cuestionar la duda sobre la capacidad de decidir sobre la sexualidad, tanto de hombres como de mujeres, con el cambio de denominación.

Por su parte, en el caso de las mujeres es aún más notorio porque se presenta como una figura donde necesitamos que el derecho las proteja, ya que no somos lo suficientemente capaces de dilucidar las intenciones de un hombre. La visión patriarcal de la salvaguarda de la virginidad también se presenta como un tema evidente.

Paso 2: Se trata de profundizar en la comprensión de lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, identificando y cuestionando los elementos de la doctrina jurídica, de los principios y fundamentos legales y de las investigaciones que fundamentan esos principios y esas doctrinas, que excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres.

Respondiendo a las preguntas modelos²⁴⁹ de la autora, vemos que este tipo penal respondía a las necesidades de una época, en la que el honor familiar y la castidad, eran bases fundamentales de una mujer para ser bien considerada. Los bienes que pretendía salvaguardar terminaban discriminando, por su resultado, a las mujeres que querían realizar un acto, quien sabe si llevadas por el amor, el deseo o cualquiera que haya sido su motivación y que no necesariamente estaban ligadas a la seducción o un engaño determinado. En este caso, tampoco se daba igual importancia a las mujeres no honestas, al sector masculino y ahora a personas con diferente tendencia sexual, sin que concuerde con que alguna vez se las haya querido proteger.

Este tipo penal lo único que promueve es unos valores de una época arcaica y caduca que limitan al ser humano en sus relaciones y decisiones de vida.

Por su parte, los autores de esta norma, son claramente hombres, que no pensaban en los “galanes aprovechadores”, sino en las pobres mujeres que no pueden

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 79; ¿Quién es el prototipo, paradigma o modelo de ese texto? ¿De quién son las necesidades que se pretenden llenar? ¿Se le da igual importancia a la experiencia femenina que a la masculina? ¿Cuántas páginas o renglones le dedican a la experiencia femenina en relación a la masculina? ¿Qué valores promueve esa ley o qué valores sostiene el o la autora? ¿Quién es el o la autora? ¿Está presente o invisible? ¿Presenta sus opiniones como universales? ¿Neutrales? ¿No le dice a sus lectores a qué clase, raza, etnia, sexo, preferencia sexual, creencia religiosa, política o filosófica pertenece o se adhiere?

decidir por sí mismas, si no es con algún artificio presentado por alguien del género masculino.

En este caso y retomando un tipo de sexismo, explicado en el capítulo I, vemos que existe una clara insensibilidad al género, ya que se nos ha considerado como menos racionales que un hombre. En la norma del presente, en cambio, existe discriminación en razón del sexo por dejar de lado, como ya acotamos anteriormente, a una tendencia sexual distinta. También resulta improcedente al considerarnos a todos y todas como irracionales e incapaces de decidir.

Por otro lado, también se da el establecimiento de un deber ser para cada sexo, lo que amerita que la conducta del hombre sea el de un “Don Juan” mentiroso y el de las mujeres de unas ilusas sin capacidad de decisión. En la actualidad, la norma lo único que hace es generalizar pensamientos parecidos para ambos.

También se presenta un dicotomismo sexual, ya que nos trató como sexos diametralmente opuestos estableciendo que cada uno podía actuar únicamente de determinada manera. Por otro lado, cumplía con lo mencionado por FACIO, de usar la voz activa para los hombres y la pasiva para las mujeres reproduciendo una práctica patriarcal clara. Hoy con la aparente reforma, trata de asemejarnos de manera peligrosa y sin contenido alguno.

Paso 3: Identificar cuál es la mujer que la ley está contemplando como "el otro" del paradigma de ser humano que es el hombre y analizar sus efectos en las mujeres de distintos sectores, razas, orientaciones sexuales, discapacidades visibles, edades, etc.

El tipo penal anterior a la reforma, excluyó²⁵⁰ de manera obvia a todas las mujeres que no fuesen honestas y gracias al mayoritario análisis de los jueces, también a las honestas que no fuesen vírgenes. Hoy mantiene la exclusión a las personas quienes no fuesen heterosexuales.

Según VALLADARES, la antigua concepción de mujer honesta de nuestro Código Penal “ratifica por sí mismo que existen dos clases de mujeres: las buenas (vírgenes y

²⁵⁰ *Ibíd.*, p. 95 ¿Cuál mujer excluye este texto? ¿A cuál mujer privilegia? ¿Cómo afecta este texto a una mujer con una discapacidad visible, a una mujer que es la única “jefe de hogar”, a una india, a una viuda, a una adolescente, etc.? Recordemos que hay derechos que se le otorgan a unas mujeres que producen discriminación a otras.

mártires) y las malas (quienes ejercen su libertad sexual), lo que según el concepto machista es pecaminoso y perverso.”²⁵¹

Paso 4: Buscar cuál es la concepción de "mujer" que sirve de sustento al texto para encontrar soluciones prácticas a la exclusión, los problemas y necesidades de las mujeres que no impliquen la institucionalización de la desigualdad.

Gracias a este paso, encontramos que la mujer tratada en el estupro, no es la mujer-persona, sino la mujer-objeto sexual, así como la mujer-familia (familismo). De esta forma, el texto del tipo penal antiguo supuestamente otorgaba a las mujeres el derecho de demandar a quien atentase contra su honestidad sexual, pero más bien terminaba imponiendo conductas que respondían a la moralidad de la sociedad de lo que una buena mujer era y a la honorabilidad de las familias.

Paso 5: Analizar el... contexto legal, es decir, si se está partiendo de una realidad concreta de una mujer o un grupo de mujeres, preguntarse cuáles son sus problemas, intereses y necesidades legales y luego ver si éstas se encuentran reflejadas en los componentes.

En este sentido, podemos ver que las personas que redactaron este tipo penal y hasta las que lo reformaron no tomaron con seriedad la igualdad ante la ley que gozamos en razón de nuestra pertenencia al género humano, declarado en la Constitución Ecuatoriana y los Tratados Internacionales. Estos personajes, no realizaron un análisis integral, ni reflexionaron sobre qué bien jurídico estaban tratando de proteger, sino sólo desde una visión patriarcal y androcéntrica.

De esta forma, se olvidan que no se puede “redactar una ley que no tenga por resultado la discriminación de las mujeres si no se ha tomado conciencia de la extensión y profundidad de su subordinación”.²⁵²

Por otra parte, al momento de la reforma, debieron darse cuenta que la realidad de los hombre y las mujeres va mucho más allá de la seducción o el engaño, que llega a resultar irrelevante a la esfera privada, sino a temas de violencia sexual que puede existir y aspectos más profundos que necesitan respuestas legales.

²⁵¹ L. VALLADARES, *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional...* op. cit., p.208.

²⁵² A. FACIO, *Cuando el Género Suena...* p. 23.

Paso 6: Colectivizar el análisis, no sólo para que sea enriquecido por mujeres (y hombres conscientes) de distintos sectores a la vez que se hace educación legal popular, sino más importante aún, para continuar el proceso de conscientización que es, como lo he venido diciendo, el paso previo a cualquier análisis de un texto legal, ya que sin la toma de conciencia de que las mujeres por nuestro sexo, somos subordinadas y discriminadas, ni siquiera se puede iniciar un cuestionamiento de un sistema legal desde una perspectiva de género.

Esta tesina, es un intento de colectivizar la visión androcéntrica del derecho, y en específico, de normas que han intentado presentarnos el modelo de mujer al que debemos aspirar ser. Va dirigida a esos hombres concientes de los que habla FACIO, pero por sobretodo a ellas, a las mujeres que no han tomado conciencia de lo que en verdad vivimos día a día y que no se las culpa ya que, desgraciadamente, así nos educaron. La dirigimos a ellas para que reflexionen sobre el no cuestionarse un sistema que las juzga constantemente reflejando esta situación en los ordenamientos jurídicos.

A las mujeres y hombres de derecho: nuestro trabajo es promulgar normas concientes y revisar las existentes, como la del estupro, y *botarlas a la basura*, como dice FACIO y que siguiendo su consejo, esto nos sirva para crecer como seres humanos:

De poco nos serviría tomar conciencia de nuestras opresiones si con ello no ganamos la capacidad de ser felices. La meta no es un mundo eficiente al estilo patriarcal, sino un mundo armonioso al estilo natural (que seguramente sería más eficiente).²⁵³

3.7.3 La mujer y el discurso jurídico

Por otro lado, quisiera terminar este capítulo mencionando lo importante que es el lenguaje dentro de la sociedad, como discurso mismo de ésta. Así, para hablar de las metodologías que demuestran el tratamiento desigual y dominación a la que están sujetas las mujeres, podemos discutir sobre algunos aspectos: el derecho es definitivamente un discurso. Un discurso que no solamente tendría que preocuparse de la reconstrucción de los conceptos supuestamente neutrales²⁵⁴, como el uso de la palabra “hombre”, como genérico, sino cuidarse de mantener y propagar el patriarcado por la imperatividad de sus normas. Debe quedar claro que el lenguaje jurídico, es sin

²⁵³ *Ibíd.*, p. 47.

²⁵⁴A. FACIO, *Hacia otra teoría crítica del Derecho*.... op.cit., p. 17.

duda uno de los de mayor importancia y que las personas solemos tomarlo con una seriedad extra. De ahí el riesgo de que perpetúe el patriarcado.

FACIO hace una aproximación a las ideas Foucaultianas para darle sentido al discurso del Derecho, reflejado claramente en las normas. “En este sentido, se analiza el “microdiscurso” del Derecho, es decir, se analizan lingüísticamente todos los eventos que constituyen Derecho, para entender su “macrodiscurso” como un fenómeno social abstracto”.²⁵⁵ Por otra parte, es BIRGIN, quien indica que el discurso jurídico desde la óptica de la teoría feminista, debe ser analizado, desde el discurso de la diferencia sexual.

Estos pensamientos deben examinarse a profundidad, ya que nunca están de más las ideas de cuán exagerados y radicales son aquellos que piden la referencia de ambos sexos en la vida cotidiana, o, por otro lado, que se renuncie a usar expresiones como “ella tiene los pantalones bien puestos”. En este sentido, quisiéramos citar a BUSBY quien con una absoluta claridad afirma que:

El lenguaje es uno de los más importantes determinantes de la realidad. Algunos dirían que es el medio primario por el cual construimos la realidad, pero otros irían aún más allá y dirían que el lenguaje nos hace lo que somos.²⁵⁶

Así, es más sencillo comprender que estas expresiones simples del día a día mantienen el enfoque androcéntrico del convivir y que sin duda cobran más fuerza si son frases que pertenecen a la legislación vigente.

Este discurso es el lenguaje autorizado del Estado y por ende, refleja una cultura patriarcal, que impera dentro del mismo. Entonces es el poder de este Estado debe ser el foco de crítica y cambio. En este sentido, el estupro era, y es, únicamente, un ejemplo de esta parcialidad, una pequeña muestra de que estamos en “pañales” para el cambio de visión y por tanto de que falte tanto trabajo por hacer.

²⁵⁵ *Ibíd.*, p. 32

²⁵⁶ K. BUSBY, *Inclusión and Law en The Maleness of Legal Language*, Maniotota Law, 1989, p. 74.

CONCLUSIONES

Para finalizar, resulta elemental acotar que la motivación para trabajar en temas de género, y sobretodo de discriminación hacia la mujer en el derecho, pudiendo ejemplificarla con un sin número de normas de nuestra legislación, se basa en una constante batalla. En este sentido, el análisis presentado anteriormente, fue tan sólo una demostración de la lucha personal con el mundo exterior, y otra muy separada, que mantengo todos los días conmigo misma, en mi interior.

Luego de lo mencionado, consideramos necesario puntualizar sobre las conclusiones a las que hemos llegado a partir del análisis de cada uno de los temas de la presente investigación:

1. En primer lugar, podemos concluir que la discriminación ha sido y es parte de la vida de las mujeres sin importar la condición social, diversidad étnica o edad a la que pertenezcan, sino que se da por el simple hecho de ser mujeres. El contexto histórico europeo, por ser el más completo, nos permitió adentrarnos a la realidad social y penal del sector femenino y de su lucha por la reivindicación de sus derechos como respuesta a esta situación. En este sentido, es preciso afirmar que el estupro representa un tipo de normativa que da lugar a una discriminación de derecho por su resultado; de clase negativa en razón del sexo y género, y que por tanto se convierte inadmisibile, por violar derechos humanos.
2. También cabe mencionar que el tipo penal del estupro, en su versión anterior a la reforma, es un claro reflejo de marianismo, así como de una serie de formas de sexismo. En este sentido es una norma insensible al género, de doble parámetro que muestra un dicotomismo sexual e impone a las mujeres un deber ser.
3. De esta manera, los sistemas legales mundiales, así como los ordenamientos jurídicos en sus distintas materias en algún momento de su vigencia, han reflejado la desigualdad de facto que sufren las mujeres y su clara visión androcéntrica

4. Por otra parte, hemos evidenciado a diferentes instrumentos que salvaguardan los derechos de las humanas: la Carta de las Naciones Unidas; Declaración Universal de Derechos Humanos; la Carta de la Organización de Estados Americanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana de Derechos Humanos; la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará; la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, etc. A raíz de estos documentos, el Ecuador, se ha obligado a establecer un orden social interno en el cual los derechos de las mujeres y sus libertades respetados, lo que no ha sido cumplido en referencia al delito de estupro. Quedó demostrado que la norma del estupro, no sólo discriminaba a los hombres, sino que imponía una desigualdad de la mujer condicionándola a determinadas actitudes que son juzgadas por la sociedad y la actualidad deja de lado a las personas con distinta orientación sexual.
5. Sin embargo, la crítica a estos instrumentos internacionales radica en que llegan a ser meramente declarativos o en el caso de que sí mantengan un carácter vinculante y obligatorio, preocupa la inexistencia mecanismos de control que propugnen la armonía de la normativa internacional con la interna de los países.
6. De esta manera, el reto del sistema internacional de protección de los derechos humanos, es lograr que dichos documentos tengan tal aceptación y vinculancia, que los jueces y juezas del Ecuador puedan aplicarlos directamente y que los ciudadanos y ciudadanas los puedan invocar sin ningún problema ni dificultad. Así, la vigencia y la aplicación de los instrumentos internacionales que salvaguardan los derechos humanos de las mujeres será una realidad y no una utopía. No podemos olvidar de ninguna forma, los avances jurisprudenciales tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que han marcado hitos sobre el tema de discriminación.
7. Es preciso tomar en cuenta que el principio de igualdad y no discriminación constituye una obligación *erga omnes*. De esta forma, su carácter de *jus cogens* implica que nuestro país debe cumplir con él así haya ratificado o no las

convenciones que lo contienen, ya que como mencionamos en el desarrollo de la presente tesina, este constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario.

8. Por su parte, es necesario recordar que el Ecuador, al haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y al haber aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, incurre en responsabilidad internacional y puede ser demandado ante dicho tribunal si no cumple los preceptos a los que manda el Pacto San José, como ha sucedido ya con una cantidad considerable de casos.
9. Por otra parte, luego del análisis de las normas constitucionales que han regido nuestro país desde 1830, podemos notar que existió una clara contradicción entre la proclamación de la igualdad ante la ley, con relación a la legislación secundaria de distintas materias, incluida la penal, en el caso del estupro. De esta manera, el estatus jurídico de la mujer en la Carta Política, en general fue respondiendo a los valores de su época, así como al buen ánimo de los mandatarios de turno. En este sentido, consideramos que los jueces y juezas, debieron inaplicar el tipo penal del estupro, por su notable inconstitucionalidad y evidente trato desigual, ilegítimo e irrazonable.
10. Por su parte, pudimos observar que el tipo penal de estupro ha ido mutando a través del tiempo. Comienza en Roma con el mero derecho del padre de matar a su hija que haya tenido relaciones sexuales y llega a nuestro país, como una protección a las mujeres vírgenes de principios del siglo XIX. Luego, se transforma en un delito por el cual se sanciona que una mujer honesta consienta llegar a la cópula cuando haya mediado la seducción o engaño, salvaguardando el bien jurídico de su honestidad sexual.
11. De esta forma, como se pudo desprender del análisis comparado y jurisprudencial, tanto la normativa como la práctica probatoria y forense, tenían una principal preocupación en mente: la virginidad de la mujer y únicamente de manera secundaria, el comportamiento probado de la mencionada mujer. Por otra parte, a raíz de la reforma, podemos ver que el nuevo bien jurídico protegido viene a ser la inexperiencia y libertad sexuales. Este cambio lo que provoca es aún

más incertidumbre a la hora de la prueba, ya que si todos y todas gozamos del bien de la libertad sexual, ¿no sería justo que no existiese la distinción de edad en el sujeto pasivo? Por otro lado, ¿qué pasaría si una persona sexualmente inexperta es la que propone la cópula a una experta, mediante la seducción o el engaño? El tipo penal es sin duda deficiente.

12. Por otra parte, el delito de estupro es reformado en el año 2005 y desaparece la denominación de “mujer honesta” reemplazándola por la de “persona”. Esta aparente concesión a la crítica feminista del derecho, a pesar de tratar de enmendar sus errores, implanta una nueva problemática, la que es dejar fuera del tipo penal a tendencias sexuales diferentes de la heterosexual. Esto se configura al mantener a la acción nuclear como “cópula”, lo que en términos médicos, involucra la relación sexual entre un hombre y una mujer dada por la vía vaginal. Es preciso recordar también que por su parte el consentimiento al que se quiere llegar es irrelevante por las disposiciones del mismo código penal.
13. De la legislación penal comparada pudimos evidenciar que a pesar que algunos países mantengan el tipo penal del estupro (muchos comparten el mismo origen que el ecuatoriano, es decir la influencia italiana) existe una gran mayoría donde ya se ha derogado el delito por caer en la obsolescencia.
14. Tanto el análisis llevado a cabo a partir de los feminismos a la Teoría Crítica del Derecho (TDC), como de los seis pasos de FACIO, nos han permitido observar que normas como la del estupro deben ser derogadas, ya que tienen un único fin de catalogar a las mujeres dentro de un rol específico y a su vez clasificarlas como incapaces de razonar al respecto de un engaño, o una seducción, que a nuestro parecer, es un medio legítimo dentro de las relaciones interpersonales.
15. Por último, retomemos el problema planteado al inicio de la investigación, ¿Refleja la norma del estupro, la evolución que ha existido en nuestro país de los principios constitucionales y de derechos humanos, sobre la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres? A mi parecer no, el estupro es una norma que no refleja la evolución constitucional, ni menos la internacional con respecto a los derechos humanos. Sobrevive en el tiempo como una norma discriminatoria y es aplicada de tal manera que los análisis jurisprudenciales no

muestran ningún aporte a las ciencias jurídicas. A pesar de la reforma, que denotaría un aparente avance, el tipo penal mantiene su carácter discriminatorio a las personas con una tendencia sexual distinta a la heterosexual, ni incluye otro tipo de relaciones que no impliquen cópula.

RECOMENDACIONES

1. En primer lugar, recomendamos al Ecuador, como estado parte de la Convención Americana, así como demás instrumentos internacionales de protección con respecto de las mujeres, el cumplir fiel y cabalmente con sus contenidos.
2. Instamos a que se actúe de acuerdo a los mandatos de la Constitución de 1998 que como mencionamos, resultan un gran avance en materia de derechos y garantías. Por su parte, creemos necesario que la Asamblea Constituyente, tome con la seriedad del caso, el análisis de los derechos de las mujeres. En este sentido, es preciso que se trabaje en una normativa constitucional incluyente y garantista, tratando dichos temas sin sesgos de androcentrismo y con un enfoque de género sincero y más humano.
3. Para finalizar, creemos que el fin último de la presente tesina, es lograr que el tipo penal del estupro, sea derogado del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este sentido, es necesario recordar los orígenes atentatorios de la norma que llegó a pasar por encima del derecho a la vida, así como tomar en cuenta su historia discriminatoria en relación a las mujeres y ahora con respecto de la tendencia homosexual. Por otra parte, cabe mencionar que no es por la falta de protección de ciertas personas que se intenta su derogación, sino por la falta de lógica que existe en sus elementos más básicos y por la discriminación que ha propugnado a lo largo de toda su vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

BIRGIN, HAYDEÉ, *Las Trampas del Poder Punitivo, El género del Derecho Penal*, CEADEL Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.

BONELLI, MARIO, *Violación, Estupro y Abuso Deshonesto*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1971.

- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Delitos Improprios de Omisión*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- BUSBY, KAREN, *Inclusion and Law en The Maleness of Legal Language*, Maniotota Law, 1989.
- CABANELLAS, GUILLERMO, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997.
- CANTARELLA, E., *La mujer Romana*, Universidad S. de Compostela, 1991
- CISNEROS, CARLOS Y TORO, HERNÁN, *Jurisprudencia Especializada Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004.
- CORAL, ISABEL, [GUZMÁN, VIRGINIA, HENRÍQUEZ, NARDA \(COLABORADOR/A\)](#), STHAR, MARGA , [VEGA, MARISOL](#), ACOSTA, GLADYS Y OCHOA, OLENKA. *Mujeres en el Tercer mundo, Mujer, Violencia y Derechos Humanos*, [Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África](#) IEPALA, 1991.
- DEERE CARMEN Y LEÓN MAGDALENA, *Género, Propiedad y Empoderamiento: Tierra, Estado y Mercado en América Latina*, segunda edición, Quito, 2002.
- DWORKIN, *Los Derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1977.
- DICCIONARIOS OXFORD-COMPLUTENSE, *Diccionario de Medicina*, Market House Books, Editorial Complutense S.A., Madrid, 2001.
- DONNA, EDGARDO, *Delitos contra la Integridad Sexual*, Segunda Edición Actualizada Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- DONOSO, ARTURO, *Guía para Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas*, Segunda Edición Actualizada, Editora Jurídica Cevallos, 2007.
- FACIO, ALDA, *Cuando el Género Suena Cambios Trae*, ILANUD, San José, 1992.
- FÉRNANDEZ, ANA Y GIBERTI, EVA. *Violencia y Conyugalidad*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1989.
- FERREIRA, FRANCISCO, *Derecho Penal Especial Tomo I*, Editorial Temis Bogotá, 2006.
- FIGES, EVA, *Actitudes patriarcales: las mujeres en la sociedad*, Segunda Edición Alianza Editorial, Madrid, 1980.
- FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- GOLDSTEIN, RAÚL, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.
- GÓMEZ, CARLOS, *Constitución Derechos Fundamentales y Dogmática Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogota, 2000.

HERRERA GIOCONDA, FACIO ALDA, VALDEZ ANUNZIATTA VALDEZ, ALEJANDRA CANTOS, MARÍA JUDITH SALGADO, ROCÍO SALGADO, XIMENA AVILÉS, “*Las fisuras del patriarcado*” *Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO CONAMU Quito –Ecuador 2000.

IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano*, Ariel Derecho, 14ª edición, 2002.

IECAIM, *La Participación de la Mujer en la Política y el poder en el Ecuador*, IECAIM; INSTRAW, Quito, 2003.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, *Los Derechos Humanos de las Mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional*, San José, 2004.

KERBER, L., *No Constitutional Right to be ladies*, Hill and Wang, New York, 1998.

LAMBERTI, SILVIO, *Matrimonio y Violencia Invisible contra la Mujer en Violencia Familiar y Abuso Sexual*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

LARCO, RENÉ, *La Violación y el Estupro en el Derecho Penal Ecuatoriano*, Tesis Doctoral Universidad Católica del Ecuador, 1978.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, LUIS, *El Machismo en el Derecho*, Sociología Jurídica de la Igualdad, Editorial Comares, Granada, 1996.

NIN, ANAÍS, *Ser mujer*, Tribuna Feminista, Cuarta Edición, Editorial Debate, Madrid, 1983.

OMEBA, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Driskill S.A, Buenos Aires, 1979.

OÑATI, GIPUZKOA, *Oñati Proceedings*, Oñati International Institute for the Sociology of Law, Spain, 1991.

OSBORNE, K., *El trabajo de las mujeres.. nunca termina en La mujer en el mundo del trabajo*, Ediciones Morata, Madrid, 1993.

DEL RÍO, RAIMUNDO, *Manual de Derecho Penal*, Santiago de Chile, 1947.

PONS, XAVIER. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asociación para las Naciones Unidas, España, 1998.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La Tipicidad*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.

RORÍGUEZ DE FONSECA, *El Digesto del Emperador Justiniano*, Colegio de Abogados, Madrid, 1878.

ROMÁN, JOSÉ. *Los Derechos de la Mujer* F. Servicios Públicos Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.

RUBINZAL, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana Tomo IV* Rubinzal- Culzoni Editores, UNAM, 2007.

RUSSO, E., *Teoría General de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

SALGADO, JUDITH, *Derechos Humanos y Género en el Marco Constitucional Ecuatoriano en "Género y Derecho Constitucional"*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003.

SÁNCHEZ, FLAVIO. *Delitos contra el Pudor*, primera edición, Quito, 2005.

TRABUCCO, FEDERICO, *Constituciones de la República del Ecuador*, Universidad Central Editorial Universitaria, Quito, 1975.

VALLADARES, LOLA. *Mujer, Sociedad y Derecho Constitucional*, Tesis de Grado Universidad Central del Ecuador, 1995.

VARELA, NURIA, *Feminismo para principiantes*, Ediciones B, Madrid, 2004.

VEGA, EULALIA, *La mujer en la Historia* 3ra edición, Anaya, Madrid, 1996.

WEST, ROBIN, *Género y Teoría del Derecho*, Ediciones Uniandes Edición, 2000.

WRINKLER, JOHN, *Las coacciones del deseo, Antropología del sexo y el género en la Antigua Grecia*, Manantial, 1994.

DOCUMENTOS EMPLEADOS

CABANILLAS, CARLOS, *Derecho Romano*, I.E.S. Santiago Apóstol disponible en <http://www.santiagoapostol.net/latin/derecho.html>, consultado el 3 de Abril 2008.

CIDH, Informe Final n. 54/01, *Caso Maria da Penha Maia Fernandes* 12.051, 16 de abril de 2001.

CIDH, Informe de Fondo, N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001.

OEA, *Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, /Ser.L/V/II. Doc. 68, consultado el 24 de Abril 2008.

CIDH, *Informe Sobre La Situación De Los Derechos Humanos En Brasil Capítulo Viii Los Derechos Humanos De La Mujer Brasileña*, <http://www.cidh.org/women/brasil97cap8.htm>.

CEJA, *Género y Reforma Procesal Penal-Ecuador*, disponible en www.cejamericas.org/doc/proyectos/Informe_Ecuador.pdf consultado el 1 de Mayo 2008.

CEJA, *Violencia contra las Mujeres*, Guatemala, disponible en:
http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/informe_guatemala.pdf.

Código de Hammurabi Leyes 151 a 200, disponible en:
http://es.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi:_Leyes_151_a_200.

GOETSCHER, A. Educación e Imágenes de Mujer, disponible en:
<http://www.flacso.org.ec/docs/antgengoetschel.pdf>

HILDA, *El Código de Hammurabi* disponible en <http://www.laguia2000.com/edad-antigua/el-codigo-de-hammurabi>.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario Real Academia Española*, Vigésima Segunda Edición. Disponible en: <http://www.rae.es/>.

RIVERO, PILAR, *El Código de Hammurabi*, Universidad de Zaragoza, Proyecto Clío,
<http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>

SANTAMARÍA, IÑIGO, *Napoleón el tirano reformador*, Enero 2006 disponible en <http://www.muyinteresante.es/reportajes/napoleon-el-tirano-reformador.html>, consultado el 30 de Enero 2008.

TOJO, LILIANA, *Igualdad y No Discriminación: Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en:
http://www.eclac.cl/mujer/reuniones/Bolivia/Liliana_Tojo.pdf, consultado el 1 de Mayo 2008.

Acoso laboral, información disponible en: <http://www.losrecursoshumanos.com/mobbing.htm>

Constituciones del Ecuador, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, disponible en:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12160541941258273098435/index.htm>

Arizona State Legislatura: 13-1405., disponible en:
<http://www.azleg.state.az.us/FormatDocument.asp?inDoc=/ars/13/01405.htm&Title=13&DocType=ARS>, consultado el 21 de Marzo 2008.

SÉNAT DU BELGIQUE, *Code Pénal Belge*, disponible en:
<http://www.senat.fr/lc/lc133/lc1333.html>.

CÓDIGO PENAL ITALIANO, disponible en:
http://it.wikisource.org/wiki/Codice_Penale/Libro_II/Titolo_IX

INTERPOL NATIONAL CENTRAL BUREAU, Códigos Penales usados en la Legislación Comparada disponibles en:
<http://www.interpol.int/Public/Children/SexualAbuse/NationalLaws>.

Códigos Penales Ecuatoriano (1837, 1871, 1938, 1953, 1971, 2005)

Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento 360, 13 de Enero de 2000.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EMPLEADOS

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>, consultado el 20 diciembre 2007.

Carta de la OEA, entrada en vigor 13 de diciembre de 1951.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en *vigor el* 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el día 22 de Noviembre de 1969, el Ecuador la ratifica el 8 de Diciembre de 1977 y la deposita el 28 de Diciembre del mismo año.

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y con entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, abierta la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952 entrada en vigor: 7 de julio de 1954, de conformidad con el artículo VI.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, resolución 34/180 de Asamblea General del 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, ratificada por el Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: 17 Septiembre, 2002.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, abierto a la firma el 4 de Noviembre de 1950.

RESOLUCIONES JUDICIALES INTERNACIONALES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Case of Ms E.B. V. France, Application No. 43546/02 Judgment, Strasbourg, 22 January 2008.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Eur. Court H.R.), Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium " (merits), judgment of 23rd July 1968.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados, 17 de Septiembre de 2003.

Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 [Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante](#), del 19 de enero de 1984, Serie A No.4.

Carroll v. Talman Federal S & L Association of Chicago (604 F. 2d 1028, 1979):

Weeks v. Southern Bell Telephone & Telegraph Company (408 F.2d 228, 1969):

RESOLUCIONES JUDICIALES NACIONALES

Sentencias sobre Estupro:

Juzgado 2do del Crimen de Carchi, 11 de septiembre 1974.

Primera Sala de la Corte Superior de Quito, 7 Abril 1975.

Primera Sala de la Corte Superior de Quito, 19 de noviembre 1975.

Tercera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, 20 Julio 1977.

Segunda Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia, 17 Marzo 1998.

Segunda Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia, 27 Abril 2004.

Segunda Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia, 25 junio 2004.

Segunda Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia, 7 septiembre 2004.

Gaceta Judicial XV del 4-XI-87 N° 1.

Prontuario 3 del 26 de Marzo 1990.

ENTREVISTAS:

Entrevista sobre el Tipo Penal del Estupro al Jurista Jaime Flor Rubianes, Juez de Corte Superior de Quito, Marzo 2008.

Entrevista sobre el Tipo Penal de Estupro al Dr. Reinaldo Calvachi, Marzo 2008.

Entrevista sobre Género, Derecho y Derechos Humanos, a la Ab. Lola Valladares UNIFEM, Marzo 2008.

Entrevista sobre Género, a Angélica Ordóñez Profesora Género y Sociedad USFQ, Marzo 2008.

Entrevista sobre Género y Contexto Internacional, Manuela Picq Profesora Gender & Human Rights USFQ, Abril 2008.

