

ECUADOR

Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales – 2009

Derechos de las mujeres y discurso jurídico



Articulación
Regional Feminista
por los Derechos Humanos
y la Justicia de Género.



ECUADOR

Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales – 2009

Derechos de las mujeres y discurso jurídico

Corporación Humanas Ecuador: Centro Regional de derechos Humanos y Justicia de Género

Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009.

1ª edición: Corporación Humanas, 2010

114 pp.; 15x23 cm

Derechos Humanos, justicia y género.

PRESENTACIÓN	5
INTRODUCCIÓN	9
SANCHA FORERO CAICEDO-GARCÍA	
VICTIMIZACIÓN Y TRAGEDIA	25
La increíble y triste historia del desalmado Floresmilto Villalta	25
Introducción	25
La increíble y triste historia del Caso Floresmilto Villalta	27
Los hechos tal y como nos los contaron	27
Floresmilto Villalta lui meme	27
Floresmilto ante la justicia ordinaria: versión judicial	33
Floresmilto en la Constituyente	36
El contexto político	36
El informe Peñafiel	38
El debate que pudo ser y no fue	40
Los errores de la Asamblea	41
Un supuesto Violador consigue apoyo de la Corte Constitucional	43
Las inconsistencias de la Corte	46
Conclusiones: Lo que hubiera pasado en el caso de aplicarse la teoría feminista o crítica del derecho	48
Bibliografía	53
ROXANA ARROYO VARGAS	
“5000 AÑOS O UN DÍA DESPUÉS...”	
EL SUJETO AUSENTE SIGUEN SIENDO LAS MUJERES”	55
Polémica sobre las PAE.	55
1. Antecedentes	55
2. Descripción de los principales elementos de la sentencia caso Ecuador	59
“El subtexto de género	59
Un nuevo imperativo categórico: “La duda razonable se convierte en un in dubio pro nato”	60
2.1. Coincidencias en el abordaje jurídico	61
“El no nato y sus derechos natos”	61
Caso Perú	61
Caso Argentina	61
Caso Chile	62
3. Derecho comparado	62
.1 El sujeto ausente como punto de partida nos lleva a un punto de llegada nuevo	62
Caso Colombia	62
4. Lectura crítica	63
El subtexto de género de la sentencia	63
5. A manera de reflexiones finales	67
¿Bastará la nueva Constitución para el cambio en la mentalidad y cultura jurídica?	67
Bibliografía	69

ROXANA ARROYO VARGAS	
“EL LARGO CAMINO HACIA LA IGUALDAD... UN PARADIGMA EN CONSTRUCCIÓN PARA LAS MUJERES”	73
Igualdad sustantiva vs argumentaciones jurídicas patriarcales	73
1. Introducción	73
2. Derechos políticos de las mujeres y el principio de igualdad y no discriminación	74
2.1 Igualdad formal	74
2.2 Igualdad real	75
2.3 Igualdad en la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer	76
2.4 La recomendación 25 del Comité de la CEDAW cuotas y sistemas electorales	79
2.5 Democracia paritaria	80
3. Descripción de los principales elementos de la sentencia caso Ecuador	82
4. Igualdad sustantiva vs formalismo	83
4.1 Igualdad sustantiva = alternabilidad, secuencialidad, paridad	83
5. Coincidencias y diferencias en el abordaje jurídico Corte Constitucional (periodo de transición) y Tribunal Contencioso Electoral	83
6. Derecho político vs alternabilidad y paridad	84
7. Derechos fundamentales... ¿Competencia de quién?	85
8. Debido proceso vs listas de candidatos/as	85
9. A manera de reflexiones finales	86
No todos los caminos nos llevan a la resignificación y expansión del principio de igualdad	86
9.1 Lo que no se dice pero se supone... El subtexto no mencionado, los derechos humanos de las mujeres	86
Bibliografía	89
JUAN MONTAÑA PINTO	
A modo de conclusión	91
APENDICE	
EXTRACTOS DE SENTENCIAS	99

PRESENTACION

Las instituciones que integramos la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género, creamos en 2009 un Observatorio de Sentencias Judiciales que monitorea y difunde principalmente las sentencias de los tribunales superiores de justicia de seis países de América Latina, bajo la coordinación general de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. La Articulación Regional Feminista es una alianza de organizaciones no gubernamentales de América Latina que trabaja coordinadamente por la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres y la justicia de género. Nuestro trabajo consiste en identificar las desigualdades e inequidades de género en nuestros países, emprender la defensa legal frente a violaciones de los derechos humanos de las mujeres, darle seguimiento a las obligaciones internacionales contraídas por nuestros estados y realizar un análisis actualizado y periódico sobre la situación y condiciones de las mujeres en la región, aportando elementos de análisis para la construcción de sociedades más justas y equitativas, para mujeres y varones.

Las organizaciones que conformamos la Articulación Regional Feminista creemos que pensar nuestros respectivos países en el contexto de América Latina es fundamental para compartir estrategias para la promoción de los derechos de las mujeres. Las variadas situaciones presentes en ellos tienen en común la profusión de normas y tratados internacionales con reconocimientos normativos de derechos que no se corresponden con políticas públicas que permitan la operatividad de esos derechos para grandes grupos de la población.

El contexto favorable creado a partir de la recuperación de las instituciones democráticas en muchos de los países de la región, las reformas constitucionales, la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y la incorporación de instrumentos procesales novedosos para permitir el reclamo de la vigencia de estos derechos, no fue aprovechado del mismo modo para beneficiar a diferentes grupos de la sociedad. Por el contrario, grandes colectivos de personas continúan siendo discriminadas y viviendo en situaciones de desventaja social y económica frente a disímiles oportunidades para plantear reclamos administrativos o judiciales conducentes al reconocimiento de sus derechos. Entre estos grupos se encuentran las mujeres, cuyas condiciones de desarrollo social y económico aún resultan adversas para el pleno ejercicio de su autonomía. La falta de mayor uso del sistema legal y de sus herramientas para promover los derechos de los grupos desaventajados ha sido objeto de reflexiones en diversos ámbitos en América Latina. La estrategia legal, tan arraigada en la costumbre anglosajona, no ha tenido el mismo ímpetu en la región, aun cuando ha habido incipientes y promisorias experiencias en materia de derechos económicos y sociales y justicia transicional, entre otros.

Hay obstáculos económicos, geográficos, culturales y simbólicos que dificultan el acceso a la justicia, es decir, las posibilidades de activar los mecanismos institucionales existentes para exigir la vigencia de los derechos.

Muchos de estos obstáculos afectan de un modo particular a las mujeres, sus organizaciones y, en general, a los y las activistas por los derechos humanos. Sin embargo, en aquellos casos en que es posible superar estas dificultades y barreras para el acceso a la justicia, es interesante analizar cuál es la respuesta del Poder Judicial ante estos reclamos.

Por ese motivo, en el marco del trabajo compartido desde hace ya varios años, en 2009 creamos el Observatorio de Sentencias Judiciales que monitorea y difunde las decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú con el objetivo de identificar en qué medida la justicia recibe y procesa los reclamos por el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres, en temas tales como participación política, trabajo, salud sexual y reproductiva, violencia, derechos civiles, entre otros.

El Observatorio de Sentencias Judiciales responde a tres objetivos específicos: en primer lugar, contribuir a un mejor conocimiento de los derechos de las mujeres y los medios legales para hacer efectivos estos derechos. En segundo lugar, promover el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres a través de la difusión de los diagnósticos, estudios, argumentos jurídicos y las mejores prácticas judiciales para optimizar la utilización de las herramientas legales entre las organizaciones de mujeres, las organizaciones de derechos humanos, instituciones académicas, profesionales del derecho e integrantes de la judicatura. Por último, el Observatorio se propone contribuir al intercambio de experiencias nacionales entre los países de la región con miras a promover una mayor utilización de los mecanismos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos, para la promoción de los derechos de las mujeres.

El Observatorio de Sentencias Judiciales funciona como una base de datos interactiva establecida en una página de Internet de libre acceso que contiene las decisiones más importantes de los tribunales superiores de justicia y cortes constitucionales de cada país en materia de los derechos de las mujeres, las definiciones y normas jurídicas utilizadas y sus condiciones de ejecución. Además, se incluyen algunas decisiones de tribunales inferiores que, por los argumentos que utilizan o por los derechos que invocan, consideramos relevantes para su inclusión en la base de datos.

A partir del material contenido en el Observatorio de Sentencias Judiciales se puede relevar los casos que se litigan ante la justicia, qué derechos involucran, quiénes llevan adelante estos procesos, qué argumentos se invocan y cómo se resuelven. Un aspecto a destacar es el reto metodológico asociado a las dificultades de acceso a la información en muchos de nuestros países: no todas las decisiones de las cortes de justicia se encuentran disponibles en

Internet. Además, los repertorios y revistas especializadas que publican sentencias en general suponen un recorte previo respecto de aquellas decisiones que divulgan. Estas circunstancias traen aparejadas un desafío particular a nuestro trabajo de recopilación de decisiones judiciales.

Asimismo, las organizaciones de la Articulación Regional Feminista participamos de un Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios. Se trata de una herramienta de seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa de cada uno de nuestros países le dan al tema de violencia contra las mujeres. Desde la página Web del Observatorio se puede acceder de manera gratuita a las noticias vinculadas con la violencia contra las mujeres en los medios gráficos nacionales. La forma en que los medios de comunicación reproducen las noticias vinculadas con los derechos de las mujeres, el discurso público al que contribuyen y las diversas formas en que tratan los temas que también son materia de decisión en la justicia, aportan a un mejor conocimiento sobre las percepciones que la sociedad tiene respecto de las mujeres y sus derechos. Por ese motivo, en esta publicación el análisis de algunos temas relevantes para la promoción y vigencia de los derechos de las mujeres en América Latina a partir de las decisiones de los tribunales de justicia nacionales, se integra una revisión sobre el tratamiento que los medios de comunicación dan a los mismos.

Confiamos que el material reunido en esta publicación y la base de datos del Observatorio de Sentencias constituyan un aporte para las organizaciones y activistas involucrados en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres. Al mismo tiempo, deseamos que diversos actores puedan apropiarse de la herramienta y que contribuyan a su consolidación como fuente de información fundamental para el trabajo cotidiano de organizaciones, activistas y operadores de justicia. Para eso, esperamos que puedan colaborar con nuestro trabajo haciéndonos llegar aquellas decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú que consideren interesantes para su inclusión en el Observatorio.

Agradecemos el entusiasmo que este proyecto y el trabajo de las organizaciones que integramos la Articulación Regional Feminista ha despertado en el año que llevamos de trabajo. En particular, nuestro agradecimiento al invalorable aporte del Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund para este proyecto.

Buenos Aires, julio de 2010.

Natalia Gherardi

Directora Ejecutiva

ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género

INTRODUCCIÓN

Juan Montaña Pinto

Según Boaventura de Sousa Santos, el derecho como manifestación de la cultura humana, tiene, por lo menos desde los comienzos de la modernidad, dos caras: un rostro emancipatorio y un lado regulatorio.¹ Mientras la regulación, es el conjunto de normas, prácticas e instituciones que garantizan la estabilidad y permanencia de las expectativas sociales; la emancipación, es el conjunto de prácticas sociales y culturales que permiten cuestionar las normas que garantizan el orden social y a partir de allí liberar a las personas de las cadenas opresivas de las circunstancias, extendiendo las posibilidades de cambio social más allá de los límites del esquema regulatorio dado.

Estos dos elementos, nos dice el autor portugués, están en permanente tensión y amenazan con fagocitarse mutuamente. Para que un orden social cualquiera se consolide, el conflicto permanente entre los dos principios debe mantenerse en un equilibrio armónico y por tanto, no puede terminar en la supremacía de uno sobre el otro.

En este contexto, la actual crisis del paradigma moderno estaría relacionada con el colapso del pilar emancipatorio² proceso que permitió la hegemonía absoluta de la regulación y la destrucción el horizonte de cambio marcado por las promesas incumplidas de la ciencia y el alejamiento de las prácticas sociales de los ideales de justicia e solidaridad.

Como ha sido demostrado por la teoría política feminista, en el mundo occidental, la supremacía desbordada del Estado, del mercado y de la comunidad frente al arte, la ciencia y sobre todo los ideales de justicia fueron posibles, entre otras condiciones, a partir de la naturalización de un discurso y unas prácticas sociales patriarcales, heredadas del pensamiento judeo-cristiano,³ a partir de la invisibilización de las mujeres como sujeto de la historia;⁴ la construcción del dualismo entre lo público y lo doméstico, y en la monopolización del poder por parte del mundo masculino.⁵

Y justamente, aparte del lenguaje, al que tradicionalmente se le reconoce su gran capacidad formativa, uno de los mecanismos más eficaces para la

1 Santos B., *Sociología Jurídica Crítica*, Editorial Trotta, Madrid 2009, pp. 30 a 33.

2 El pilar emancipatorio estaría constituido, según Boaventura, por la racionalidad estético - artística, el discurso científico - tecnológico y por la racionalidad ética - moral.

3 De acuerdo con algunas autoras feministas vinculadas a una visión euro y etno- céntrica de la cultura, el patriarcalismo es una situación y una condición universal, a - histórica y transcultural. Desde mas culturalista, que nosotros compartimos, si bien la separación entre lo público y lo privado se puede rastrear históricamente desde los inicios hebraicos de la cultura occidental, solo se consolida, se manifiesta en toda su intensidad, e importa políticamente, a partir de la irrupción del liberalismo, es decir desde mediados del siglo XVIII.

4 Sobre este particular, en el contexto de los desarrollos teóricos de la She Story Ver: Wallach Scott J. *Genero e Historia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, pp. 35 a 37

5 Como bien ha demostrado Frances Olsen el dualismo público - privado, que se expresa también en la oposición entre razón - emoción, Cultura - naturaleza, poder - sensibilidad, está sexualizado y jerarquizado. La razón, la cultura y el poder son rasgos masculinos mientras que la naturaleza, la emoción y la sensibilidad son asumidas como características típicamente femeninas; y están jerarquizados lo masculino es superior y valioso y lo femenino es correlativamente inferior y negativo. Sobre el Particular Ver: Olsen F. *El Sexo del Derecho*, En Kairys D (Ed) *The politics of Law*, Pantheon, NY, 1990.

consolidación de esa supremacía masculina es el Derecho. Lo Jurídico, por lo menos en la tradición jurídica occidental, es manifiestamente identificado con los extremos jerárquicamente superiores y masculinos del dualismo: se asegura que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, y las prácticas jurídicas han sido estructuradas y manejadas, por lo menos en las sociedades liberales, por los hombres en beneficio de la consolidación del poder patriarcal.

Y es por eso que cuando las mujeres comienzan la lucha social y política por romper el predominio del orden patriarcal, el derecho y particularmente el derecho liberal, basado en el principio de la igualdad formales visto como uno de los principales elementos a cuestionar de este orden masculino naturalizado. La mayoría de las feministas aceptan que en su teoría política hay un explícito compromiso con la eliminación de los rasgos patriarcales del orden social en general y del derecho en particular. Las distintas tendencias teóricas del feminismo coinciden además en que históricamente el derecho se ha construido en términos binarios⁶ y que hay que atacar tanto la sexualización⁷ como la jerarquización⁸ de lo jurídico.

Pero ahí terminan las coincidencias. Más allá, el discurso feminista respecto del derecho deja de ser común y homogéneo. Los feminismos son múltiples y las posiciones en relación de la función del derecho en el nuevo orden post patriarcal son muy diversas. Las feministas liberales, por ejemplo, consideran que pese a los evidentes rasgos patriarcales del derecho vigente en la mayoría de las sociedades occidentales, su propuesta estratégica está clara: alcanzar la libertad y la igualdad entre hombres y mujeres.⁹

En ese contexto, el derecho sería un instrumento muy útil para conseguir los objetivos políticos igualitarios del mencionado movimiento. A su juicio la estrategia jurídica es valiosa para alcanzar la igualdad política con los hombres (derecho al voto universal); así como para luchar contra la penalización del aborto y otros atentados contra la autonomía personal de las mujeres; o denunciar el mantenimiento de normas laborales discriminatorias que impedían a las mujeres la igualdad salarial con los hombres.

Las feministas marxistas, por su parte, han desarrollado una teoría política que intenta incorporar una explicación material a la existencia del orden patriarcal. Y lo han hecho, en la mayoría de los casos, incorporando al género como categoría analítica y elemento necesario de la investigación social contemporáneo. La cuestión es que el género no es para las autoras influidas

6 El orden binario se construye a partir de la diferenciación entre positivo - negativo, bueno - malo; deseable - indeseable, masculino - femenino, General - particular, abstracto - concreto

7 Por sexualización de lo jurídico se entiende aquel concepto que identifica la masculino con lo racional, general y abstracto y que le da esas características al derecho.

8 La jerarquización se refiere al proceso social mediante el cual se le da un valor o una connotación positiva a estos rasgos supuestamente masculinos del derecho frente a una paralela devaluación de los rasgos contrarios considerándolos como femeninos. Sobre el particular Mackinnon C., *Feminism, Marxism, Method and the State* En: *Signs Journal of Woman in Culture and Society* VIII, 1983, pp. 635 a 645.

9 Bodelon E. *La igualdad y el movimiento de mujeres: Propuestas y metodología para el Estudio del género* (Documento de Trabajo), Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

por el marxismo una categoría autónoma sino dependiente de otras tales como clase, modo de producción o estructura económicas. Para las marxistas la localización de las causas últimas de la subordinación de las mujeres en la vida material se encuentra en las relaciones de producción y en la asimetría que se observa en las formaciones sociales entre lo masculino y lo femenino.¹⁰

En cuanto a su valoración de lo jurídico en general y del derecho en particular, las feministas marxistas comparten con los iconos del marxismo ortodoxo su valoración negativa por el derecho, pero le adicionan el componente de género. El derecho en ese contexto es un sistema “masculino” y como tal el mecanismo por excelencia de mantenimiento del status quo y por tanto, símbolo de la dominación y explotación patriarcal y, por tal razón, quienes defienden las tesis del feminismo marxista se niegan a usar los instrumentos jurídicos como herramienta de lucha política útil para llevar adelante los planteamientos teóricos y la práctica social feminista.

De allí que la opresión de las mujeres no podría erradicarse, como postulan algunos sectores vinculados al feminismo liberal,¹¹ buscando la asimilación con los hombres, reformando leyes, haciendo que hombres y mujeres compartan por igual las responsabilidades domésticas, ni compartiendo en pie de igualdad las instituciones políticas y económicas. Más bien la tarea primaria y fundamental del feminismo es la denuncia al carácter patriarcal del liberalismo, la eliminación del orden social dual que permite la división entre lo público y lo privado, acompañada de una crítica radical al orden capitalista y a la organización actual de la producción y el trabajo.

Las feministas radicales, por su parte, comparten con las marxistas su crítica al igualitarismo liberal,¹² pero consideran que el problema esencial de las mujeres no es ni la falta de participación igualitaria ni el acceso adecuado a recursos materiales para desarrollarse ni su pertenencia a una determinada clase social explotada, sino su falta de poder. En ese contexto el eje central de la propuesta feminista radicales el reconocimiento de la diferencia entre hombres y mujeres, el derrumbamiento del orden patriarcal y la búsqueda de una nueva forma de distribución del poder entre los sexos.¹³

En cuanto a la valoración del derecho, las feministas radicales asumen variadas posiciones: Hay quienes consideran al feminismo como esencialmente crítico del derecho, por ser éste un elemento típico del orden social hetero centrado; pero hay también algunas feministas de la diferencia que creen que el derecho como una herramienta necesaria de la lucha por el acceso al poder por parte de las mujeres.¹⁴

10 Rivera M. Nombrar el mundo en femenino, Editorial Icaria, Barcelona, 1994, pp. 89

11 Para una explicación de los postulados básicos de la teoría feminista liberal y la crítica al reformismo legal Ver: Bodelon E. Op. cit. Pp. 2 -3

12 En el sentido de rechazar la búsqueda de una igualdad jurídica y formal con los hombres.

13 Ver Jaramillo I. C., La Crítica Feminista al Derecho, (Estudio preliminar) En: West R. Genero y teoría del Derecho, Universidad de los Andes, Siglo del hombre editores, Bogotá, 2000.

14 Mackinon C. Derecho y Pornografía, Siglo del Hombre Editores, Bogotá 1997.

Quienes así conciben el feminismo, y su relación con el derecho, centran su esfuerzo en la reivindicación de los derechos sexuales de las mujeres. Sus energías se han enfocado entonces en mostrar como las normas jurídicas existentes en la mayoría de los sistemas jurídicos, occidentales y no occidentales, 'garantizan' a los hombres un derecho ilegítimo a la sexualidad femenina que debe ser transformado por la asunción del poder femenino frente a su cuerpo y su sexualidad. En ese sentido, sus logros se materializan en modificaciones al derecho vigente tales como la penalización de la violación entre cónyuges, la persecución del acoso sexual, la modificación de los instrumentos procesales para proteger a las mujeres víctimas de violación.¹⁵ Los cuales han resultado ser exitosos en algunos casos en la aprobación de los últimos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a los instrumentos no contemplados en el derecho internacional de fuente no convencional.

Finalmente, encontramos los planteamientos de las feministas que se adhieren a la teoría jurídica crítica.¹⁶ Para las seguidoras de esta orientación teórica el derecho no es ni tiene porque ser esencialmente patriarcal y masculino como creen las marxistas. Si bien, rechazan la caracterización del derecho como orden general, abstracto, universal y racional y la utilidad política de la teoría jurídica abstractamente considerada, logran recuperar el rol que cumplen algunas instituciones jurídicas concretas en la consecución y realización efectiva de los derechos de las mujeres. Así por ejemplo, reivindican históricamente la utilidad de las estrategias jurídicas en la lucha por los derechos políticos y de participación, la importancia del derecho en la búsqueda de mejorar el acceso a la educación y a la salud y las condiciones del mercado laboral femenino;¹⁷ o la importancia del derecho en la lucha contra la violencia sexual contra las mujeres.

Las feministas críticas, en definitiva, devuelven al derecho su condición de instrumento contra hegemónico, pero no llegan al extremo de reconocerle el carácter milagroso que creen las seguidoras del liberalismo. Para que la lucha jurídica sea efectivamente un instrumento de emancipación de la mujer necesita, en opinión de estas autoras, conjugarse con un proceso correlativo de cambio cultural basado en el reconocimiento de la diferencia sexual como elemento esencial de la igualdad sustantiva post patriarcal y el reconocimiento de la esfera doméstica como parte del mundo productivo.

Pero, más allá de las diferencias teóricas enunciadas, es decir, situándonos en cualquiera de las posiciones que ven el derecho como un elemento contra – hegemónico todavía valioso y aprovechable, encontramos que existen dos ejes fundamentales de trabajo jurídico en una perspectiva de género:¹⁸ la

¹⁵ Ver Jaramillo, I. C., Op. Cit. Pp. 125.

¹⁶ La Feminist Jurisprudence, nació, como se sabe, como parte de los critical legal studies que surgió en la universidad de Harvard a fines de los años 70. Sobre el particular ver: Menkel Medow C. Feminism Legal Theory, Journal of legal Education Vol. 38 pp. 61 - 85.

¹⁷ Una presentación de los logros de la utilización contra hegemónica del derecho en Estados Unidos se puede ver en : Brenner J. Thebest of Time The Feminism in the Unites States

¹⁸ Se usa aquí la Expresión "perspectiva de género" conscientemente, esto es a pesar de sus problemas de indefinición

creación de estrategias jurídicas que sirvan para mejorar la vida de las mujeres y el análisis crítico de las distintas instituciones jurídicas y su funcionamiento, particularmente de la jurisprudencia como fuente principal del derecho.

En el caso ecuatoriano esta nueva relación del género con el derecho, si bien es ampliamente reconocida, incluso constitucionalmente, ha tenido desarrollos desiguales. Mientras en la última década, y particularmente desde la expedición de la Constitución de 2008, la vía legal reformista ha sido la estrategia jurídica preferida de los movimientos feministas locales. Las que con un éxito menor pero muy significativo han conseguido la inclusión en la normativa de la mayoría de las reivindicaciones históricas feministas. Al punto que la Constitución de Montecristi representó una auténtica revolución jurídica en cuanto al reconocimiento formal de las más importantes exigencias de los distintos feminismos, a partir de la contundente legislación de los principales avances del derecho internacional de los derechos humanos en el tema de género.

Hay por ejemplo, mejoras significativas como: el establecimiento e inclusión de a la normativa del concepto de paternidad y maternidad responsables, la consideración de la familia como espacio determinante de socialización a partir de una nueva definición de familia acorde con la cultura, las tradiciones y las innovaciones del orden social ecuatoriano. Lo que permitió agregar a la definición clásica de familia el reconocimiento de realidades sociales ampliamente conocidas y aceptadas como: la familia formada por mujeres cabeza de hogar, la familia mono-personal, la familia ampliada producto de la migración, o la familia formada por parejas del mismo sexo; existen procedimientos constitucionales para la tipificación y sanción de delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y aquellos que se cometan contra mujeres y a personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria, o la a consagración de la paridad, la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida la plena capacidad de las mujeres de decidir sobre su vida sexual y reproductiva, libres de cualquier discriminación, coerción o violencia.

No ha habido, sin embargo, un desarrollo igualmente consistente del estudio de las instituciones creadas para romper el orden social hetero centrado y sobre todo no ha existido un examen crítico de su funcionamiento práctico. No existen en Ecuador, por ejemplo, suficientes investigaciones que, desde una perspectiva jurídica, sociológica o politológica examinen y analicen el papel que han jugado las distintas instituciones estatales encargadas de desarrollar en el país la agenda de género. Así como tampoco hay suficientes datos acerca de la penetración de esta clase de discurso político en la práctica cotidiana de instituciones tan importantes para la vida de la gente común como la función judicial y el control constitucional.

epistemológica, debido justamente a su capacidad de concitar, más allá del carácter social y no natural de la diferencia sexual, acuerdos sobre la necesidad de debatir el contenido del derecho desde una metodología tópica que busque el fin de la discriminación contra la mujer en cualquiera de sus formas.

En cuanto refiere a los jueces ecuatorianos, y concretamente a los jueces constitucionales, a pesar de que la Constitución, ha asumido con entusiasmo el llamado modelo constitucional garantista, y por tanto les da, a quienes “administran justicia”, por primera vez en la historia del país, un papel activo en la creación y definición del derecho y, lo que es más importante, les otorga un papel esencial en la democratización del sistema político como realizadores materiales de los derechos constitucionales. No obstante en el tema de género, en la mayoría de los casos, los jueces siguen siendo sordos al imperativo de transformar los enunciados constitucionales en una práctica judicial concreta vinculada con hacer vivientes y eficaces los postulados de la teoría política feminista incorporados en la carta fundamental.

El libro que usted tiene en sus manos busca justamente examinar críticamente algunos elementos de esa “sordera” judicial frente al discurso constitucional de género, a partir del análisis de las decisiones de los jueces nacionales, en algunos casos, vinculados los derechos de las mujeres reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En ese sentido, los artículos reunidos en esta edición, si bien tienen orígenes, estructura y tonos diversos, comparten, sin embargo, algunos rasgos que permiten su lectura de conjunto. Se trata de exposiciones críticas de la jurisprudencia ecuatoriana de los últimos 10 años;¹⁹ desde una perspectiva teórica que combina la teoría política de género, la metodología de los Critical legal Studies, las enseñanzas de lo que se conoce como Movimiento internacional de los derechos humanos y los postulados de lo que se conoce en la filosofía del derecho como garantismo constitucional.

Una escogencia metodológica de esta naturaleza permite examinar la eficacia de las reformas constitucionales y legales que recogen los postulados del derecho internacional de los derechos humanos y las peticiones concretas de los movimientos de mujeres frente a la práctica cotidiana de los operadores jurídicos, particularmente a los jueces. La mayoría de ellos educados e imbuidos en la cultura jurídica patriarcal y paleo positivista que ha caracterizado el mundo judicial ecuatoriano y latinoamericano. Por lo tanto imposibilitados, en muchos casos, no solo de ser sensibles a los requerimientos vinculados al discurso de género, sino incluso impedidos de siquiera encontrar los ‘textos’ constitucionales que reflejan la lucha de las mujeres por tener mejores condiciones de vida. Por consiguiente incapaces de entender la importancia de su nuevo papel histórico en el proceso de cambio social que propone la Constitución.

No hay que olvidar que en este punto que el garantismo de la Constitución ecuatoriana reclama tanto transformaciones en la propia estructura y funcionamiento del Estado que se convierte en un ‘Estado jurisdiccional’ debido a la metamorfosis del rol de los jueces que asumen un papel activo y esencial en el proceso de creación del derecho vigente.²⁰ Como sobre todo

19 Periodo que coincide con el mayor auge del reformismo legal y constitucional en Ecuador en materia de género y derechos de las mujeres.

20 De acuerdo con la perspectiva positivista la función del juez se reduce a conocer y encontrar aquella única “respuesta

mutaciones radicales en la cultura jurídica de los operadores y concretamente de los jueces encargados de interpretar y aplicar la Constitución. En este caso, en relación con los derechos de las mujeres, de nada sirve que el juez constitucional haya reemplazado al legislador en la tarea de definir los enunciados normativos y las normas que regulan las relaciones sociales entre hombres y mujeres, si no existe paralelamente una comprensión de lo que significa el papel del derecho en la lucha política contra la naturalización del orden social hetero centrado. Es decir un entendimiento correcto del rol social que cumplen los jueces y los operadores jurídicos en la construcción y defensa de los derechos de las mujeres.

En ese sentido, el presente libro es un esfuerzo significativo por tratar las cuestiones referentes al género desde una visión que supera la comprensión puramente formal y normativa de las reivindicaciones, trasladándose al terreno de la perspectiva socio-jurídica crítica. Esto nos permite ampliar nuestro raciocinio acerca de los problemas planteados, al darse la confluencia en el análisis jurídico, de la lectura normativa con el examen del contexto social, histórico y cultural en que se da la interpretación jurídica y el proceso de adjudicación judicial.

Al tener este punto de partida, los tres artículos desarrollados en este compendio presentan un escenario que, definitivamente, nos lleva a confirmar el proceso de resignificación que continúa dándose al término y proceso social 'igualdad'. Pues desde tres aristas diferentes: Roxana Arroyo y Sancha Forero, (las autoras de los textos) nos dejan ver simultáneamente como el reconocimiento constitucional del Derecho a la igualdad de las mujeres en materia política, en lo sexual y reproductivo. Así como la lucha contra la naturalización de la violencia de género presentan en el Ecuador avances formales importantes, pero, nos dejan ver también como estos logros enunciativos resultan insuficientes por la incapacidad de los jueces, en su actividad cotidiana, de reconocer y ser sensibles a los problemas de género que están presentes en cada uno de los casos. Lo cual, no solo va en contravía de la ideología constitucional que rige en Ecuador, sino lo que es más grave, los divorcia, del marco social, histórico y político, en que viven.

El primer artículo, escrito por Roxana Arroyo, se titula “El largo camino hacia la Igualdad... un paradigma en construcción para las mujeres”. En él la autora plantea una revisión de la práctica jurisprudencial ecuatoriana,²¹ en materia de derechos de participación política de las mujeres, a partir de los postulados teóricos y los alcances prácticos de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.²²

correcta” que necesariamente contiene el ordenamiento jurídico. El juez garantista por el contrario tiene la misión de llevar a la práctica y materializar en los hechos los valores y principios establecidos en el texto constitucional.

21 Para ello toma como objeto de análisis las sentencias 002-09-SEP-CC dentro del caso: 0111-09-EP, y 005-09-SEP-CC de la Corte Constitucional.

22La autora usa como Test de análisis la Convención Para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas. La escogencia metodológica de la autora es importante porque intenta verificar el nivel de eficacia práctica de la decisión del constituyente ecuatoriano de considerar parte de la Constitución, a través de la vía del bloque de constitucionalidad, no solo

Para ello Arroyo divide su ensayo en tres partes: una primera que podríamos llamar teórica; donde revisa y hace un examen completo de los argumentos doctrinales sobre la igualdad, a fin de fijar el texto y el contexto metodológico desde el cual sitúa su exposición. Según este texto el parámetro de valoración de la calidad de la igualdad entre mujeres y hombres es lo que la autora denomina igualdad de resultados, que supera tanto la visión liberal de igualdad formal como la marxista de igualdad material.²³

Una segunda parte del escrito está dedicado al estudio de los principales mecanismos de garantía de los derechos políticos de las mujeres, establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos con particular énfasis en el análisis del sistema de cuotas y su relación con los sistemas electorales.²⁴ Inmediatamente después se examinan teóricamente los conceptos de democracia paritaria y paridad sexual como elementos necesarios de la incorporación de la diversidad sexual en el necesario de la cultura política patriarcal que prevalece en Ecuador y en toda América Latina.

A partir de allí, en la tercera parte del estudio, la autora hace una descripción pormenorizada de los principales elementos de la jurisprudencia objeto de análisis. Para ello el artículo recoge y analiza las pretensiones jurídicas y los principales argumentos de la demanda, centrándose en la relación planteada entre participación política y derechos de las mujeres y en la denuncia de un supuesto formalismo y literalismo en la interpretación de las normas constitucionales y legales que establecen derechos especiales para la participación política de las mujeres.

Después examina los argumentos de la Corte Constitucional, entre los cuales resalta las afirmaciones teóricas de los jueces constitucionales sobre el carácter sustantivo y no formal de derechos como la alterabilidad y paridad de género. Para luego centrar su análisis y su crítica, en el carácter retórico del compromiso de la Corte Constitucional con los derechos humanos de las mujeres, a partir del examen de la ratio decidendi de las sentencias que se sustenta en una discusión procesal sobre la competencia para conocer los casos de supuesta violación de los derechos de participación en el contexto ecuatoriano, que la Corte reclama para sí en contraposición con la tesis del Tribunal Contencioso electoral que se autodenomina “tribunal constitucional para la defensa de los derechos de participación”. Según la autora, en realidad la disputa por la competencia resulta más importante que la discusión sustancial sobre la conformidad de la decisión administrativa de la autoridad

el derecho internacional de los derechos humanos de origen convencional, sino también cualquier instrumento del sistema internacional, lo que implica una ampliación brutal de la capacidad performativa del derecho internacional en el contexto ecuatoriano.

23La autora centra su exposición en aclarar la diferencia entre igualdad formal e igualdad material o real, para luego caracterizar el concepto de igualdad existente en la CEDAW, que según la autora va más allá de la igualdad de oportunidades de orden material y se centra en la búsqueda de lo que podría denominarse “igualdad de resultados”. Según la autora Esta concepción de la igualdad es relevante porque establece que una ley o política discrimina si su resultado es discriminatorio, aun cuando tenga la intención de favorecer.

24Sobre este particular es importante resaltar el énfasis que la autora hace del carácter necesariamente temporal de las medidas de acción afirmativa, en el escenario del feminismo de la igualdad que promueve Naciones Unidas y que ella defiende teóricamente.

electoral con el principio de igualdad de resultados en el caso concreto. El resultado de la decisión, nos dice Arroyo, es una sentencia que favorece la eficacia de los derechos de participación en el caso concreto, pero no lo hace ni consiente ni controladamente, con lo cual no logra generar un espacio simbólico ni un precedente claro en la jurisprudencia sobre la vigencia y eficacia de los instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres en materia de participación política.

Explícitamente nos dice la autora en sus conclusiones:

“A pesar de que la sentencia es favorable, la interpretación jurídica y por tanto el texto no hace explícito, los criterios, la doctrina y la jurisprudencia que sobre esta materia encontramos en las observaciones y recomendaciones generales, del Comité de la CEDAW, como el Comité de los Derechos Humanos, ni tampoco se apoya en la doctrina y casos del Sistema Interamericano.” La sentencia, en opinión de Arroyo “carece de una lectura sistémica de la Constitución en donde el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo es un principio fundante de la Constitución actual y debería ser un eje transversal en la interpretación jurídica que hace la Corte.”

El segundo artículo de la selección que constituye el libro es el de Sancha Forero. En él y bajo la paráfrasis del conocido texto de García Márquez,²⁵ la constitucionalista colombiana utiliza uno de los casos más trágicos de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana²⁶ para tratar de demostrar la incapacidad tanto del aparato judicial como de la clase política ecuatoriana. En él mismo incluye a los impulsores y gestores de la revolución constitucional que actualmente vive el Ecuador, de ser sensibles a las necesidades de la víctimas del orden patriarcal en que viven la mayoría de las mujeres ecuatorianas, especialmente en ámbitos rurales y particularmente a fenómenos sociales tan graves como la naturalización de la violencia de género.

La autora parte en su argumentación de una pregunta simple: ¿por qué a pesar del impresionante desarrollo constitucional que han experimentado los instrumentos jurídicos e institucionales de lucha contra las distintas formas de violencia contra la mujer, y particularmente a pesar del desarrollo de los mecanismos de protección jurídica contra la violencia sexual, esta garantía no ha tenido la eficacia esperada en el plano de las realidades concretas y cotidianas de las mujeres ecuatorianas? La respuesta, como demuestra Forero en su escrito, no es sencilla, pero básicamente tiene que ver con una constatación fáctica: los enunciados normativos, en este caso de la Constitución ecuatoriana de 2008, por buenos que sean, no despliegan toda su capacidad formativa, si no están sustentados en una cultura que los entienda, los cuide y los desarrolle. En este

*

26 El proceso que se siguió contra el líder campesino y ambientalista Floresmilto Villalta, acusado y condenado por la supuesta violación de una menor.

caso la retórica constitucional de los constituyentes de Montecristi resulta ineficaz debido a la perpetuación de los signos, sentires y prácticas explícitas e implícitas la cultura patriarcal, tanto en los tribunales de justicia ecuatorianos como al interior de la propia constituyente.

En opinión de la autora, el caso de Floresmilto Villalta ilustra de manera trágica esta afirmación, pues muestra la incapacidad tanto de los constituyentes como de las distintas instancias de justicia ecuatoriana de actuar con sensibilidad frente a las realidades cotidianas de las mujeres, cuando estas se encuentran en medio del conflicto social y político; con el resultado de la invisibilización y victimización de los más débiles e indefensos: en este caso una niña campesina llamada Jenny Guagua, que debió pagar con su integridad sexual y personal, la grave falta de ser mujer pobre y encontrarse en medio de un grave conflicto económico, social y político por el dominio de uno de los pocos bosques primarios que aún quedan en el Ecuador.

Y Forero plantea todos estos elementos a través de un método narrativo novedoso y heterodoxo, cercano a la etnografía, que busca separarse, y quizás lo logra, de los lugares comunes, en que en ocasiones incurrimos los activistas de los derechos de las mujeres. Para ello la autora divide el texto en cuatro grandes capítulos y una conclusión.

El primer capítulo, construido a partir de una entrevista personal al protagonista, cuenta la historia y hace una reconstrucción de la vida de Villalta desde el propio punto de vista del personaje. En él, la autora, a partir de un análisis etnográfico, formula las hipótesis interpretativas que permiten comprender tanto los hechos concretos del caso cuanto las conclusiones hermenéuticas sobre la persistencia de distintas formas de violencia, (especialmente sexual) generados por las sociedades patriarcales latinoamericanas.

Específicamente el texto muestra como la coerción y brutalidad a las que se ve sometido el protagonista desde su infancia y primera juventud, definen la personalidad y el destino del líder ambientalista y lo llevan poco a poco e inexorablemente a asumir la violencia como camino de redención y realización personal.²⁷En esta parte del ensayo, el lector atento también podrá encontrar una serie de subtextos implícitos en la narración de Villalta, que a mi modo de ver dan las verdaderas luces para hacer un juicio sobre el caso. La lectura correcta de los textos implícitos permiten aproximarse con cierta seguridad al perfil psicológico del protagonista de la historia, a partir de la concepción y valoración que éste tiene la infancia como aquel “paraíso perdido” del que fue arrancado violentamente y al que intenta volver sistemáticamente. Estos subtextos también muestran como sus únicas relaciones supuestamente “no

27 Esta brutalidad se manifiesta en la infancia del protagonista de diversas maneras como la imposibilidad de ir a la escuela; ser prácticamente “secuestrado” por un familiar para ser convertido en una especie de esclavo laboral y sexual; o más adelante sufrir los rigores del servicio militar; ya de adulto la violencia continua siendo el camino de realización personal y obtención de los beneficios sociales y se expresa tanto en las golpizas, torturas e intimidaciones a que es sometido por su actividad sindical, como también en los procedimientos usados por el propio Villalta para conseguir sus objetivos vitales.

violentas” de Villalta son las que él entabla con los niños: así lo indica por ejemplo el tono con el que se refiere a Jenny Guagua, (la otra protagonista de la historia), a sus nietos y a otros niños que son mencionados en la entrevista.

Por su parte, el segundo capítulo es la reconstrucción del proceso judicial a que fue sometido Villalta a raíz de la acusación de haber violado a la menor ya mencionada. En esta sección la autora desmenuza pieza por pieza las decisiones judiciales de los jueces de instancia y muestra cómo, más allá de nuestra antipatía o simpatía personal o política por el ambientalista, éste fue condenado atendiendo a una lectura textualista de las normas sustantivas y procesales relativas al delito de violación y a consideraciones meta jurídicas de naturaleza política y moral, antes que a partir de un proceso debido de valoración técnica de los hechos y las pruebas.

El siguiente capítulo examina muy críticamente la labor de la Asamblea Constituyente en el caso. Con ocasión del análisis del tránsito de Villalta y sus abogados por Montecristi;²⁸Sancha Forero reconstruye en este importante apartado de su texto uno de los momentos políticamente más complejos de todo el proceso constituyente ecuatoriano; aquel que, con ocasión de la concesión de Amnistía a Villalta, dividió y enfrentó a las agendas políticas progresistas más potentes de la constituyente: la ambiental y la de género. El texto reconstruye críticamente los argumentos del informe que bajo una aceptación acrítica de los argumentos verdes otorgó la amnistía al ambientalista, sin ninguna consideración ni sensibilidad ni a las razones técnicas ni a argumentos de género.

En el caso concreto de Floresmilto Villalta la recomendación del informe constituyente, traído a colación por Forero, se sustenta en un sui generis análisis probatorio incorporado en la matriz sobre los casos de criminalización de la protesta donde supuestamente quedaría probada la condición de delito político conexo de la conducta por la que el ambientalista fue condenado y la ocurrencia de graves irregularidades en la apreciación de la prueba por parte de los jueces de instancia. A juicio de la autora, más allá de posicionamientos políticos, contrarios o favorables, respecto de la lucha que libran los ambientalistas contra los intereses del capitalismo extractivista, las acciones de la Asamblea en el caso adolecen de graves inconsistencias técnicas que son insoslayables desde el plano jurídico. De acuerdo a la argumentación de la constitucionalista colombiana dejando a un lado la decisión política del constituyente, resulta deleznable el camino escogido, para resolver el caso Villalta.

En opinión de Forero habría dudas concretas sobre la legitimidad de la aplicación de la Amnistía en un caso en el que por lo menos existe una duda sobre la participación del ambientalista en los hechos. Lo correcto desde el punto de vista jurídico, nos dice la autora, hubiera sido declarar una amnistía

²⁸ Al respecto hay que resaltar que al verse condenado por la justicia Villalta acudió en busca de “justicia” a la Asamblea Constituyente, en busca de una amnistía por sus delitos políticos.

general para todos los procesos donde fuese posible atender más al tipo de delito que a las personas de sus infractores, en tanto los hechos hubieran tenido una motivación claramente política o social, y plantear un indulto particular para aquellos casos donde ese nexo causal entre el delito político y los delitos comunes fuera más difícil de establecer. Esta opción, en su opinión, hubiera permitido preservar la naturaleza política del acto de la Asamblea y a la vez tomar en consideración temas como la agenda de Género, o el estricto cumplimiento del debido proceso y el derecho de la supuesta víctima a ser escuchada en la constituyente antes de tomar la decisión.

En el último capítulo de su texto, Sancha Forero analiza y enjuicia las motivaciones de la Corte Constitucional en la declaratoria de incumplimiento de la Amnistía que la Asamblea Constituyente otorgó a Floresmilo Villalta. La crítica que hace Forero a la sentencia tiene dos líneas argumentales una técnica y otra sustancial:

En el plano técnico la autora hace a la sentencia una crítica muy dura desde el plano teórico. A su juicio la decisión de la Corte en este caso contradice inexplicablemente tanto la retórica de la corte como la dogmática constitucional en materia de creación, argumentación e interpretación del derecho. Según la Corte, nos dice Forero, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución se ha producido una revolución coopernicana en lo que atañe al entendimiento de lo que es el derecho y su interpretación a partir de la asunción por parte del constituyente del modelo constitucional garantista, por lo que la Corte Constitucional estaría obligada a respetar y asumir esta decisión de la Constitución; por lo que resulta contraevidente y totalmente extraño que en un caso difícil como este, el juez constitucional decida usar la interpretación silogística en lugar de la ponderación entre derechos.

De acuerdo a los argumentos de la Constitucionalista colombiana, la sentencia de la Corte Constitucional no sería inconstitucional por la decisión que la final tomó, sino por la manera en que lo hizo. No hay que olvidar nos dice Forero que desde una perspectiva garantista de los derechos de las mujeres, lo importante no era saber si Jenny Guagua fue o no abusada sexualmente por Floresmilo Villalta, (tema que no fue abordado por la sentencia) o si los jueces habían incumplido una orden del poder constituyente; sino saber y asegurarse que en el cumplimiento de la voluntad del constituyente era o no posible en cualquier caso garantizar los derechos correlativos de las víctimas; y la Corte no lo hizo.

En cuanto al ámbito sustancial, la constitucionalista tacha la sentencia por su incapacidad y su ceguera para valorar constitucionalmente las normas constitucionales que reconocen la lucha histórica de las mujeres contra toda forma de violencia sexual y particularmente con aquella ejercida contra las niñas. La autora específicamente rechaza la lectura mecánica y textualista de la intangibilidad del poder constituyente²⁹ que hizo el pleno de la Corte y su

29 Recuérdese que para sustentar el primer elemento del silogismo la Corte acude a la línea jurisprudencial que ya había marcado con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad del mandato 1. En ese sentido, ratifica una vez más la intangibilidad absoluta de las decisiones de la Asamblea Constituyente y su ausencia de control por parte de los poderes constituidos

incapacidad de analizar sistemáticamente el problema a la luz de todo el texto constitucional. En opinión de la autora, una cosa es respetar la decisión política del constituyente de sancionar la criminalización de la protesta social y otra cosa que en ese proceso, y por hacer una lectura parcial de la Constitución, se atropellen los derechos de las potenciales víctimas, más aún cuando estas hacen parte de uno de los grupos cuya protección ha sido más importante para el constituyente como es el de los niños.

La conclusión de Sancha Forero no puede ser más clara: ni los jueces ordinarios, ni los asambleístas constituyentes, ni por supuesto el pleno de la Corte Constitucional, cada uno en su ámbito de competencia, hicieron nada a favor de la lucha contra la violencia contra las mujeres y no lo hicieron porque al estar imbuidos por una cultura patriarcal, solamente tomaron en consideración para la configuración de las normas que finalmente aplicaron, los fines políticos generales y nunca los ponderaron frente a los derechos de las víctimas, (en este caso, los derechos de Jenny Guagua a ser dueña de su destino y de su cuerpo frente a los derechos de Villalta al buen nombre y a la libertad).

El tercer y último artículo que compone el libro también es obra de la activista Roxana Arroyo. En él la autora costarricense se adentra en el análisis de otro elemento esencial de la lucha de las mujeres por la igualdad: la cuestión de la protección del derecho a la autonomía personal en materia sexual y reproductiva. Y lo hace sirviéndose del análisis de una decisión de la justicia constitucional ecuatoriana que resolvió en Ecuador la polémica desatada alrededor del otorgamiento del Registro para la distribución de POSTINOR 2, esto es, de las pastillas de anticoncepción de emergencia (PEA).³⁰

En el texto la autora arranca de la idea central de que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres se constituyen en el cuestionamiento más profundo al sistema patriarcal, con el objetivo final de intentar superar el debate tradicional de si las famosas pastillas del día después son abortivas o anticonceptivas, e intentar situar el tema en el plano del desarrollo de la autonomía moral de las mujeres.

Para desarrollar ese Leiv Motiv construye el texto a partir de varios pilares: en el primero, denominado “antecedentes” la autora establece el marco teórico de referencia, que no es otro que los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en materia de derechos sexuales y reproductivos, y particularmente los hallazgos del movimiento internacional de los derechos humanos a partir de la Conferencia del Cairo.³¹

En el segundo la autora examina el texto de la sentencia, a partir de la identificación no tanto de la línea argumental explícita cuanto de los subtextos

³⁰ Se trata de la Resolución del antiguo Tribunal Constitucional No 0014-2005-RA.

³¹ La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo se llevó a cabo en el Cairo (Egipto) del 5 al 13 de septiembre de 1994. Allí se reconoció por primera vez a nivel internacional el ejercicio de la sexualidad antes y después del matrimonio, es decir desvinculado del objetivo tradicional de la procreación.

de género implícitos en la resolución del tribunal constitucional, en el cual Arroyo identifica tanto la “ratio decidendi” del Tribunal Constitucional,³² como los argumentos accesorios (obiter dicta) que sirven para estructurar la decisión.

En el tercer capítulo se hace un ejercicio comparativo entre esta decisión judicial y las respuestas que tanto la jurisprudencia como la legislación interna de países de la región como Colombia, Perú, Argentina o Chile, han formulado sobre la cuestión; en donde la solución colombiana es vista como un camino o modelo posible a seguir frente a visiones como la argentina, chilena o peruana que es a juicio de la autora descontextualizan y retrasan el debate al mantenerlo en el plano de una supuesta protección al derecho a la vida.

Con este marco de referencia la autora termina su artículo haciendo una lectura muy crítica del texto jurisdiccional ecuatoriano y particularmente de la decisión de centrar el debate en el plano de la ponderación sesgada del derecho a la vida frente a los demás derechos, acusándolo de falta de originalidad, superficialidad y de inconsecuencia con el derecho internacional de los derechos de las mujeres. Específicamente Arroyo acusa al tribunal de dilantismo y ceguera frente a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, pues a su juicio a diferencia de lo que hizo el tribunal constitucional se debía ponderar el derecho a la vida y relacionarlo directamente con las mujeres y su libertad de decisión como un derecho. Al contrario el Tribunal invisibiliza a las mujeres en todo el texto y las convierte en objeto ausente de la decisión.

Finalmente a manera de conclusión, la activista se pregunta si frente a la perpetuación de esta cultura jurídica patriarcal y hetero centrada, la nueva constitución ecuatoriana, a la que califica de vanguardista en lo que atañe a la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, podrá imponer su lógica y sus enunciados. Su respuesta es cauta pues si bien manifiesta su esperanza de que tanto la constitución como sus intérpretes asuman con entusiasmo la ideología constitucional, el lector podrá identificar un cierto rasgo de escepticismo e incredulidad. La mesa está servida, nos dice al final.

En definitiva, el lector atento de este libro encontrará que pese a diferencias de estilo y matiz entre los distintos textos y sus autoras, se llega a una conclusión común: al igual que ocurre en el caso de las demandas históricas de los pueblos indígenas, en el Ecuador de hoy hay un agotamiento palpable y una insuficiencia evidente del reformismo jurídico como estrategia privilegiada de lucha política feminista; y por lo tanto plantea la necesidad de impulsar desde los distintos espacios públicos y privados que sirven de parapeto y trinchera a las reivindicaciones de las mujeres ecuatorianas, un amplio debate sobre las tácticas del proyecto político feminista, en las que,

³² Respecto de la Ratio Decidendi la autora hace una crítica muy fuerte a la coherencia interna del argumento central de la decisión que se basa en otorgar “duda razonable” frente a la pregunta si el POSTINOR es o no un medicamento abortivo.

según parecen indicar las autoras de los textos que componen este libro, habría que privilegiar la construcción y puesta en funcionamiento de lo que Gerardo Pisarello llama garantías sociales o extra institucionales³³ de los derechos de las mujeres reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales antes que insistir en el camino del reformismo legal, que parece haber agotado su potencial emancipador, por lo menos en Ecuador.

33 Según Gerardo Pisarello al igual que no hay derechos sin deberes, no hay sujetos obligados de los derechos (El Estado) sin sujetos capaces de obligar (los grupos sociales). De tal manera que además de garantías políticas y jurisdiccionales de los derechos, es esencial para dotarlos de eficacia contar con espacios de organización y presión popular capaces de asegurarlos políticamente tanto frente al Estado, como más allá del Estado, y llegado el caso en su contra. Sobre el particular Ver: Pisarello G. Los derechos sociales y sus garantías, Editorial Trotta, Madrid 2007.pp. 122 y 123.

VICTIMIZACIÓN Y TRAGEDIA

LA INCREÍBLE Y TRISTE HISTORIA DEL DESALMADO FLORESMILO VILLALTA

Sancha Forero Caicedo-García³⁴

INTRODUCCIÓN

La lucha por la eliminación de cualquier forma de violencia contra la mujer, sea esta física, psicológica o sexual, ha experimentado avances muy importantes en los últimos 20 años, tanto en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos como en el plano constitucional y jurisprudencial.

En lo que concierne al derecho internacional de los derechos humanos, cabe reseñar los progresos normativos ocurridos a partir de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993³⁵, y a la entrada en vigencia de la Convención Interamericana para prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Para) para la región Americana, instrumentos que han conseguido, entre otros avances, la definición clara del concepto de violencia contra la mujer³⁶ y su tipificación como delito autónomo a través de leyes especiales³⁷, y su vinculación con la protección de otros derechos fundamentales de las mujeres como la integridad personal, la libertad, el derecho a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y los derechos reproductivos, entre otros.

En el plano constitucional *stricto sensu*, todas las constituciones promulgadas en América Latina en los últimos 25 años reconocen el principio de subordinación entre el derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos internos, a través de la irradiación del concepto de Bloque de Constitucionalidad³⁸, lo cual ha permitido considerar como parte de las

34 Constitucionalista Colombiana nacida en Titiribí, Antioquia, Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; Diplomada en Relaciones de Género del Programa Universitario de Estudios de Género de la UNAM; Especialista en Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia; Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

35 Conferencia que culminó con la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

36 Según la declaración de NNUU sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, violencia contra la mujer es "Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción, o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada".

37 Ver: Arroyo R, Derechos Humanos y Violencia Sexual contra las mujeres, Corporación Promoción de la Mujer. Serie Documentos Técnico Jurídicos, San José, 2005.

38 Como se sabe, a pesar de su importancia, el concepto de Bloque de Constitucionalidad no tiene un contenido unívoco: en Francia, donde aparece el concepto por primera vez, la Constitución vigente carece de un catálogo taxativo de derechos fundamentales. Para resolver este desafío técnico, el Consejo Constitucional Francés resolvió darle contenido normativo a los preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1948, incorporando a la Constitución los textos y normas de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, y el conjunto de principios fundamentales y derechos sociales mencionados en el preámbulo de la Constitución de 1946. Un modelo distinto de bloque de constitucionalidad es el español; en España la acepción bloque de constitucionalidad hace referencia al conjunto de normas que definen las competencias del Estado y de las comunidades autónomas, incluyendo las leyes orgánicas que tienen jerarquía constitucional sobre la materia. Finalmente, existe una nueva concepción del concepto que se ha desarrollado en América Latina a partir de los desarrollos de la jurisprudencia constitucional colombiana. De acuerdo con la jurisprudencia colombiana, la constitución sería un documento inacabado y en tal virtud el bloque de constitucionalidad sería la fórmula de armonización entre el derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno. Esta última versión del bloque de constitucionalidad es la que ha recogido el constitucionalismo

constituciones los principios y reglas establecidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos, sin necesidad de señalamiento taxativo, de tal manera que hoy en día estas normas de derecho internacional tienen jerarquía constitucional y se aplican directamente en el orden interno, sin necesidad de desarrollo legal o reglamentario posterior.

Sin embargo, en cuanto a la violencia sexual, es decir, a aquellos actos de poder³⁹ que se utilizan como excusa por medio de distintas manifestaciones de la sexualidad, la garantía no ha tenido la eficacia esperada. A pesar de las declaraciones y recomendaciones generales sobre la materia, los ordenamientos jurídicos y particularmente la legislación secundaria de la mayoría de los países de América Latina no reflejan los avances dogmáticos y normativos en materia de género.

Basta con revisar los códigos penales de la mayoría de los países de la región para darnos cuenta de que aún persisten significados jurídicos totalmente obsoletos relacionados con la sexualidad de las mujeres. Por ejemplo, la consideración de la sexualidad como el uso de términos médico-fisiológicos supuestamente neutrales para describir los actos de violencia sexual, y las exigencias probatorias que revictimizan a las víctimas de violencia sexual, o el deslizamiento como noción jurídica de conceptos morales patriarcales relativos a la honra y el honor.

Si por el lado normativo llueve, en la jurisprudencia no escampa. Desde la óptica de las decisiones de los jueces, la situación en América Latina⁴⁰, y particularmente en el Ecuador, es dramática. Los jueces ecuatorianos, a pesar de ser los principales encargados de la defensa de los derechos de las personas y los realizadores materiales de los valores y principios constitucionales en el contexto del modelo constitucional garantista que proclama su Constitución⁴¹, siguen anclados en la mayoría de sus resoluciones a las más rancia concepción androcéntrica del derecho; aquella que cree que el derecho es un orden universal, racional, abstracto y objetivo, y en consecuencia un evento inherente al orden masculino del mundo, lo cual ha sido objeto de crítica profunda en el ámbito de la teoría feminista del derecho⁴².

En ese contexto, el propósito del presente escrito es demostrar la permanencia de esa cultura judicial patriarcal a pesar de la retórica constitucional, y mostrar el

latinoamericano posterior a 1991 y, concretamente, la Constitución Ecuatoriana de 2008. Sobre el Bloque de Constitucionalidad Ver: Gutiérrez Beltrán A., El bloque de Constitucionalidad Concepto y fundamentos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007.

39 Al respecto se retoman como referencia las ideas de Michel Foucault sobre la sexualidad y el cuerpo sexuado como mecanismos y espacios de disciplinamiento, represión y ejercicio del poder.

40 Con la significativa excepción de algunos fallos judiciales producidos en Costa Rica, como el Caso Carlos Morales. Ver: Tribunal de Trabajo de Costa Rica Sección Tercera, Expediente 02-003173-0166-LA, también: Corte Suprema de Costa Rica, Resolución 2002- 9076.

41 Sobre el nuevo rol del juez en el modelo constitucional garantista Ver: La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano, En: Guastini R. Estudios de Teoría Constitucional, Ediciones Fontamara 2001, pp. 153 a 211. Prieto Sanchis L. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial En Carbonell M. Neoconstitucionalismos, Editorial Trotta, Madrid 2009. También. Montaña J. Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución Ecuatoriana de 2008, En: Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional, Quito, 2008, pp 109 a 123.

42 Para una aproximación a la teoría feminista del Derecho Ver: Olsen F., The family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform, Harvard Law Review No.96. También: Olsen F. From False paternalism to False Equity: Judicial Assaults on feminist Community, Michigan Law Review No. 84.

carácter formal del pretendido modelo constitucional garantista que propugna la Constitución.

Para hacerlo hemos escogido un ejemplo trágico: la sentencia de la Corte Constitucional en el caso Villalta (sentencia 001-08-AN), mediante la cual el máximo órgano de la justicia ecuatoriana ordenó a un Tribunal ordinario, a través de una argumentación jurídica lógicamente “impecable”, cumplir una amnistía otorgada por la Asamblea Constituyente de ese país, y cuyo beneficiario era el ambientalista Floresmiло Villalta, condenado por el delito de violación a una menor de edad.

Se escogió este caso pues la argumentación desarrollada por los jueces constitucionales, tanto en la sentencia de mayoría como en el voto salvado, refleja con meridiana claridad la incapacidad de los jueces ecuatorianos para entender y aplicar los derechos de las mujeres, debido a la cultura patriarcal y androcéntrica en la que se han formado.

En efecto, más allá de las necesarias consideraciones y matizaciones que sobre los hechos del caso puedan y deban hacerse⁴³, un análisis del expediente desde el punto de vista de la teoría de género permite mostrar, sin velos, la falta de sensibilidad del establecimiento político y jurídico ecuatoriano hacia las manifestaciones de violencia de género, y particularmente frente a los actos de violencia sexual cuyas víctimas son las mujeres, lo cual pone en evidencia la urgencia de una revolución cultural que permita inocular en los operadores jurídicos del país las reflexiones críticas que la teoría feminista ha hecho, respecto del orden social y jurídico heterocentrado en el que vivimos.

En cuanto a la estructura argumentativa del escrito, podemos decir que éste tiene tres partes. La primera denominada “La increíble y triste historia del caso Villalta”, intenta hacer una descripción ‘aséptica’ de los hechos desde la perspectiva de los distintos interventores públicos en el caso. La segunda parte consiste en un examen jurídico y analítico del caso, para lo cual se hace uso de las herramientas teóricas de la teoría jurídica “Crítica y de las críticas feministas al Derecho”. El tercer epígrafe de conclusiones compara el modelo constitucional garantista de la Constitución con los verdaderos resultados de su aplicación.

LA INCREÍBLE Y TRISTE HISTORIA DEL CASO FLORESMILO VILLALTA

LOS HECHOS TAL Y COMO NOS LOS CONTARON

Floresmiло Villalta lui meme

Tengo 67 años, voy para 68: infancia y primera juventud”

Tengo 67 años, voy para 68. Nací en 1942, en la provincia de Loja, en un Cantón que se llama Espíndola. Antes se llamaba Pambalusa, era parroquia. Yo convivía

⁴³ Matización que incluye, por supuesto, un reconocimiento explícito de la utilización política y mediática del caso por los diferentes actores del conflicto social y político ecuatoriano.

con mi mamita y mis dos hermanos: una mujercita y dos varoncitos. Yo era el segundo hijo, mi mamita se llamaba Delfina Villalta, mi hermana mayor se llamaba Rosa Villalta y mi hermano tercero Franco Villalta. Cuando estaba con mi mamita sólo estudié dos años y llegué a segundo grado. Nos tocaba caminar sin zapatos durante dos horas para llegar a las siete y media de la mañana a la escuela. Allí nos daban fuste y palo, las profesoras eran malas, uno llegaba y lo maltrataban. Finalmente me salí de la escuela para buscar trabajo y ganar el sustento de la familia.

Salí de allá en el año 1955. A los 13 años fui robado por un tío mío. Él vivía en una ciudad a un lado de Loja que se llama Valladolid. Me llevó con engaños, me alejó de mi mamá y no supe más de los míos. Cuando quise regresar no pude, no sabía ni donde estaba. Yo sentía mucho la falta de mi mamá, de mi familia, de mis primitos, me daba mucha pena. Entonces una vez huí con una gente que pasó por ahí y fui a dar a Macará, que estaba cerquita de mi casa. Pero nunca pude regresar a mi casa porque cuando finalmente volví ya no estaban ahí ni mi mamá y ni mis hermanitos. En Macará me hice joven. Viví allí hasta los 18 años; estuve en el ejército en el 72, en el Batallón Constitución Arenillas, en la provincia de El Oro. De allí salí y me dediqué a trabajar. Me gustó la agricultura mucho, y así fui aprendiendo a poner trampas y a usar el machete.

De ahí me fui a trabajar a las bananeras: primeros conflictos con la justicia
De ahí me fui a trabajar a las bananeras. Allí ganaba buena plata, y casi me muero porque me cogió una fumigación de banano y me intoxicqué por una bomba que no pude apagar. Me encontraron desmayado en un drenaje y me trajeron a Guayaquil, donde estuve como 15 días en tratamiento. Después volví a trabajar. Me fui de El Oro a la provincia de Santo Domingo, como por el año 70, a una hacienda que se llamaba "Suprema" y que tenía bastantísimos trabajadores. No me gustaba el trato de los patrones, no les pagaban a los trabajadores solo les daban la comidita y les pagaban lo que ellos querían; entonces comencé a hacer relajo en contra de ellos y de los mayordomos principalmente.

Me acuerdo que un sábado nos fuimos a un pueblito que se llamaba Casulema. Como había bebida amontonaban a los trabajadores para que bebieran cerveza que luego descontaban del sueldo. Al ver eso, cogí la cerveza y la repartí entre mis compañeros. Ese fue el primer relajito por el que me castigaron.
En esa época, las haciendas tenían un cupo de banano que sacar y entonces trabajábamos como mulas para cumplir el cupo sin importar fechas ni horas; no había descanso. En una de esas convencí a mis compañeros de dejar tirado el trabajo. Como no nos pagaban, los llevé a trabajar en otra hacienda que se llamaba "Los Ángeles" en el kilometro 15 de la vía a Santo Domingo. Era la hacienda de unos gringos que también nos hacían trabajar y tampoco nos pagaban; ya era costumbre, nos hacían trabajar hasta 4 meses y nos pagaban un mes. Nos daban el mercado, la comida, la ropa, la botas de caucho, pero nos descontaban y luego no nos pagaban. Entonces comencé otra vez a hacer relajo. No trabajábamos si no nos pagaban.

Ahí estuve hasta que me acusaron de haber matado a otro. Mentira, lo que ocurre es que se había emborrachado y se había quedado dos días borracho. Me dieron una paliza que me dejó los dedos todos hinchados. Finalmente me llevaron a dar la declaración para que confesara: me metieron una funda por la cara, me amarraron los pies y me echaron agua. Me pusieron unos cables que tenían electricidad y así me maltrataron unos tres días, hasta que finalmente apareció un amigo de Loja y él me sacó inmediatamente. Sancionaron al policía que me había hecho todo eso, un Mayor Hernández. También estuve trabajando con el Gobernador de Esmeraldas, en las algodoneras. Ahí también había muertos. Se morían como moscas los muchachos porque el insecticida era muy fuerte y se envenenaban, pero nadie decía nada. Otra vez comencé yo a hacer relajo para poner en conocimiento todo eso. Mandé preso al gobernador y ayudé a que apresaran y al prefecto provincial también porque eran socios. Tuve que pagar prisión por eso.

Al salir de la cárcel me puse a trabajar: la llegada a la montaña y los primeros conflictos con la empresa

Al salir de la cárcel me puse a trabajar otra vez en las bananeras, en el kilómetro 98 de la custodia pa' abajo, hasta que unos amigos me dijeron: "vamos a coger un pedazo de tierra". Y ese pedazo de tierra estaba por aquí, en la montaña. Subimos, desmontamos y después nos tocó dejarlo porque tuvimos innumerables problemas.

Después de bajar de la montaña me puse a trabajar con una empresa llamada "Odesa"; trabajaba con tres empresas madereras al tiempo porque mi trabajo era buenísimo. Yo hacía empalizados pa' que pasaran las máquinas e hicieran los carreteros. También aprendí en el ejército a perforar, dinamitar y a construir carreteras. Como yo sabía de todo eso, me buscaban de muchas empresas, incluida "Botrosa". Esta Empresa sacó a todas las demás y se quedó solita explotando madera desde Quinindé hacia acá. Yo trabajé con ellos desde 1975 hasta 1988, dure 13 años.

Con el producto del trabajo que hacía compré una tierritas en la montaña. Trabajaba con bastante gente, ganaba mi buena platica. En ese tiempo ganaba unos 400 dólares.

Y ahí comenzó todo: "la muerte de mi hijo"

Y ahí comenzó todo. Fue cuando ya tuvimos grandes problemas. Por ahí por 1994, un día fui a cobrar, cobraba cada 4 meses en Quito, y me dijeron que no me daban el pago porque yo no les había querido vender el pedazo de tierra que tenía en la montaña, en el predio Pambilar. Por ese entonces la empresa contrataba asalariados y nos quemaba las casitas y los sembrados de yuca y de verde que teníamos si no les queríamos vender; nos acusaban de que estábamos invadiendo. Mentira: sacaban gente que estaba ya ahí desde años.

A mí me había costado mucho comprar mi pedazo de tierra y yo no iba a vender. Eso era en tiempos de Abdalá, que cerró la empresa porque no habían sabido pagar impuestos al Estado. Pararon los trabajos en toda esta zona de aquí, y a mi hijo me lo suspendieron del trabajo. Entonces yo le dije: —mijito, váyase pa' la montaña y haga una buena casa de Guayacán—. Cuando un día fueron avisarme

de que a mi hijo me lo habían matado. Lloré mucho porque él me acompañaba. Era muy trabajador. Y entonces me dejó dos niños. Mi hijo solo tenía 20 años. Y entonces yo me indigné e investigué con la empresa. Todos a quienes preguntaba me decían: “que yo no he sido, que yo no he sido”. Entonces, yo seguí trabajando con la empresa, pero comencé a poner demandas.

Un día mandé al chico al pueblo a traer herramientas y unos clavos para seguir la reconstrucción de la casa. El chico no volvió. Yo desesperado salí a buscarlo un día sábado y me dijeron que había pasado con comida para adentro, que nos habíamos cruzado. Después me informaron que habían quemado la casa con gasolina. Entonces puse las denuncias, pero como son poderosos las órdenes de prisión se perdieron, y yo terminé en la cárcel de Esmeraldas denunciado por invasión de tierras. Entonces recurrí a la prensa y como ya me conocían me sacaban y me daban la libertad rapidito. Así que desde 1998 me comenzaron a meter preso cada dos meses. Volvían a sacarme los compañeros y otra vez me mandaban meter preso por el mismo delito. Ya después ya me cogían me metían en el carro y me llevaban a la Gobernación y a la Intendencia, al Comando de Esmeraldas, y me hacían firmar documentos diciendo que yo iba a abandonar la lucha contra la empresa; incluso una vez me tuvieron varios días secuestrado en la montaña con varios compañeros.

Y ya en ese momento Acción Ecológica comenzó a poner mucho caso en eso: “Floresmilo Ecológica”

La toma de conciencia

Y ya en ese momento Acción Ecológica comenzó a poner mucho caso en eso. Porque nuestra idea nunca fue la de trabajar en la ecología, pero entonces los compañeros vinieron y me ayudaron muchísimo de una manera u otra. Fue a partir de ese momento cuando empezaron las intimidaciones y los procesos por terrorismo y tráfico de armas en mi contra, pero al tiempo me enseñaron lo que es la ecología: la importancia de salvar este paisaje tan maravilloso. Una vez metieron presos a 69 compañeros y los abogados de Acción Ecológica lograron sacarlos; también comenzaron a hacer talleres de capacitación en toda esta zona sobre la riqueza de la montaña y la importancia de conservarla.

Al tiempo nosotros ya comenzamos a fundar la Cooperativa Ecuador Libre que fue organizada como “Asociación Avícola Ecuador Libre”, y comenzamos la lucha como una organización de productores y campesinos. Con mucho esfuerzo y mucho sufrimiento llegamos con los compañeros al año 2000 y al 2002. En ese momento gané en el Tribunal Constitucional el Amparo a nombre de Ecuador Libre, y conseguimos lo de la recuperación de las 3400 hectáreas de bosque primario del patrimonio forestal del Estado, que la empresa tiene todavía en su poder.

Pero la empresa no se iba a quedar cruzada de brazos: finalmente me metieron preso por violación y ahí la cosa se complicó porque además de acabar con mi honra —quien se le va a acercar a un violador de niñas— los compañeros se dividieron y formaron otra organización.

Y ahí me acusaron de violación y la verdad es otra

Y ahí me acusaron de violación y la verdad es otra. Todo comenzó cuando llegó

el papá aquí al pueblo, a trabajar. Venía de Manabí; tenía una hermana acá en el pueblo y como no tenía donde vivir me rogó que le arrendara, y yo como tenía la casita de mi finadito entonces le dejé que se fuera a vivir allí con sus tres niñitos más pequeños. Yo les ayudaba a veces con lo que podía, con comida si tenía un poquito de arroz, con arroz, si tenía verde también les daba porque había veces que no tenían ni qué comer. Pero también tenía una hijita señorita que no vivía con el papá, sino que vivía con la tía y con dos hijas también señoritas de la tía. La chica solo iba a la casa del papá a ayudarlo a limpiar y a cocinarle y a lavarle la ropita, pero no vivía con él.

Y así, como la chica se portaba muy bien, yo le compraba sus cositas y cuando llegaba, como yo siempre he sido cariñoso, le daba cualquier prendita para que se vistiera, y entonces así me fui ganando la voluntad de la chica, y así vivíamos. Ella, como le digo, vivía con la tía y las primas, pero también se pasaba por mi casa y me ayudaba con las labores del hogar.

El asunto fue que como a los 6 meses de estar ellos viviendo ahí ya era tiempo de entrar a estudiar a la escuela, y yo le planteé al papá que inscribiera a la chica, pero no había cómo porque ni él tenía documentos como padre, ni los hijos tampoco. Entonces yo le digo: —Vea, eso está mal porque en primer lugar ya estamos viejos pero los niños tienen la vida por delante, así que hágalos estudiar—. Y fuimos a inscribirla, pero las profesoras de la escuela no quisieron aceptarla por la falta de los papeles.

Justo por esos días vino una brigada del Registro Civil aquí al pueblo y entonces yo le digo al Papá: —Vamos para que hable—. En ese entonces la niña tenía 16 años. El jefe del Registro Civil nos dijo que para registrarla tenía que hacer una “inscripción tardía”, y para eso había que seguir un juicio. Finalmente conversaron con el padre y decidieron bajarle la edad a 12 años, y así se le pudo sacar la cédula y luego la inscribimos en la escuela. De ahí siguió en la escuela. Yo le compraba sus libritos y su ropa y ella estudiaba y nos ayudaba al papá y a mí en las labores de la casa.

Cuando de repente supimos que la habían sacado de la escuela. Entonces yo fui donde la profesora, que era amiga mía. Le dije: “Señorita, cómo puede ser que la saquen de la escuela”. —Es que está embarazada —me dijo—. “¿Está segura?” -le pregunté. Entonces explicó: —Eso es lo que dicen la tía y las dos primas-. “No hay derecho a sacarla de la escuela por eso” -le dije, y enseguida la amenacé con denunciar el caso. Finalmente quedamos en que no la denunciaría pero que lo mejor era que le hiciéramos la prueba de embarazo. Resultó que la chica no estaba embarazada, entonces yo le dije: “Mijita, ya está todo arreglado para que vuelva a la escuela”, pero ella me contestó que no quería volver, que prefería ponerse a trabajar, que tenía unas compañeras en Quito que le habían buscado un lugar donde las hacían estudiar y les daban trabajo.

Y así quedaron las cosas hasta fines de agosto, me parece el 28, donde el papá me pidió que los acompañara a Quito a terminar unos trámites en el Registro Civil. Acepté. Salimos tempranito y llegamos a Quito. Estuvimos en una reunión

como hasta las nueve o las diez de la noche; de allí fuimos hacia el hotel de un compañero. Pedimos dos cuartos, uno para mí y otro para la chica con el papá. Yo me fui a mi habitación. Al otro día, como a las 7 de la mañana, les dije: “Vámonos que tenemos que ir a hablar al Registro Civil”. Como a las 11 de la mañana nos atendieron. Ella se fue con el papá de vuelta al pueblo. Yo me quedé unos días más porque tenía unas reuniones en el Ministerio de Agricultura.

Y así pasaron algunos meses hasta que la chica, mal aconsejada y convencida por la tía y las primas, cuenta la historia de la violación y el tío pone la denuncia. Yo me enteré por la radio, llamé inmediatamente y el licenciado me dijo que lamentablemente él tenía que informar. Entonces me fui a Quindí, compré El Extra y pude ver ahí toda la historia. Me fui con mi abogado donde el Fiscal para dar mi versión. Citaron a la chica, al papá y al que pone la denuncia, el tío, pero lamentablemente no los encontraron. Yo me volví al pueblo y ahí quedo la cosa aparentemente, porque la abogada me dijo que no me preocupara, que la cosa ya estaba aclarada. Pero mentira, cuando ya teníamos todo ganado, van y me detienen: juicio, cárcel y enfermedad.

Cuando yo iba a entrar con la gente para presionar la entrega del bosque, cuando ya teníamos ganado todo, van y me detienen acusado de asociación ilícita, de invasión a tierras, pero no me preocupé porque como eso era algo que ocurría frecuentemente, no pensé mal. El 8 de diciembre, cuando ya iba a salir libre con un habeas corpus, de repente un fiscal de Quito manda una comunicación para que me presente en Quito para responder por una violación. Eso era un día lunes; la orden de captura me la saca el día 12 y ahí ya me llevaron a Quito.

Y ahí pase sin ropa hasta que por fin, como a los ocho días, mi familia me pudo mandar mis cosas. Pero como a los 15 días de estar preso me comencé a enfermar. Aparte de que no aguantaba eso de dormir en el piso con el frío de Quito, me intentaron envenenar con comida. Me llevaron al médico, me trasladaron a la enfermería y estuve ahí como 15 días. Cuando me recuperé un poco me mandaron a la cárcel 2, pero como yo era mayor y ya era un hombre enfermo, me trasladaron a la cárcel 3, que es donde está la gente mayor. Gracias a eso sobreviví. Ahí permanecí cuatro años. En la Cárcel aproveche para estudiar y logré terminar la primaria. Hice además cinco cursos de dibujo, y varios cursos de liderazgo.

Pero lo peor de todo fueron las injusticias del proceso y el maltrato a la prensa. A pesar de que desde el comienzo tuve pruebas para demostrar mi inocencia, fui condenado como violador sin poder defenderme. Nunca fui escuchado; a pesar del esfuerzo de muchos compañeros. En mi caso nunca hubo pruebas. Se probó que la chica efectivamente había tenido relaciones sexuales pero nunca se dijo ni cuándo ni con quién, pero como el dinero tapa todo, escondieron mis pruebas y por ahí dicen que esas sentencias costaron 78 mil dólares. Nunca tomaron en cuenta las declaraciones de la niña, ni las de su padre en la radio; nunca tomaron en serio mi testimonio ni el de mis compañeros; las pruebas médicas por las que me condenaron nunca fueron verificadas por mis abogados; y la abogada de la acusación particular, una señorita jovencita, era la misma abogada de la empresa.

Estuve 4 años en la cárcel sin poder defenderme.

Y ahora viene lo peor: a pesar de estar libre por orden de la Asamblea, soy como un muerto en vida; jamás voy a recuperar mi honra a pesar de ser inocente. Solo que Dios me permita volver a nacer porque, además de los jueces, las personas ya me juzgaron. Con la imagen que dieron los periódicos y la televisión durante todos estos meses todos los que no me conocen se han puesto de parte de la empresa. Y últimamente he vivido en el terror de verme involucrado en tantas cosas feas con la imagen una persona peligrosa que me ha otorgado la televisión.

Y ahora hay que comenzar de nuevo: la lucha continúa

Y ahora hay que comenzar de nuevo. El Tribunal Constitucional ya lo dejó todo dicho y tenemos que luchar porque se cumpla. Yo sé que de aquí a unos días la gente va a volver a motivarse, porque como hemos ganado ya vamos a tener la ayuda de las autoridades. Yo, como le he dicho, voy a morir luchando porque el caso lo hemos ganado y espero que se haga realidad mi sueño de terminar mi vida en estas montañas, viviendo y comiendo mi verdedito.

Además, tenemos que continuar con la demanda en la corte interamericana de derechos humanos por las persecuciones y las quemas de casas, y exigir respeto y justicia al Estado ecuatoriano. Todo esto lo hago por mis compañeros y para lograr que la empresa restituya las tierras del Estado, pero estoy seguro de que con la lucha, a pesar de las amenazas, vamos a salir adelante⁴⁴.

FLORESMILO ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA: VERSIÓN JUDICIAL

El 15 de octubre de 2005 Floresmilto Villalta fue acusado de violar a la menor Jenny Guagua, de 12 años de edad. El denunciante, de nombre Geo Guagua, es el tío de la menor. De acuerdo con la denuncia presentada, el ambientalista habría raptado a la adolescente y después de trasladarla a Quito⁴⁵ la habría violado repetidamente en una habitación de hotel. Asimismo, en la denuncia consta que después de ocurridos los hechos Floresmilto Villalta habría amenazado de muerte a la menor para evitar que contara lo ocurrido. Según el denunciante, la niña había regresado a Golondrinas y desesperada le contó lo ocurrido a una amiga, quien a su vez se lo habría comunicado a la tía, en cuya casa vivía la menor.

El 10 de diciembre de 2005, después de una serie de indagaciones previas, la Fiscalía de Pichincha abrió instrucción fiscal inculpando a Villalta del delito de violación, razón por la cual se ordenó su captura. Frente a esta detención, algunas semanas después⁴⁶ la defensa del detenido presentó una solicitud de Habeas Corpus⁴⁷, así como un Amparo de Libertad⁴⁸, alegando detención

44 Días después de mi entrevista con Floresmilto, en Pambilar, aparecieron muertos José Aguilar y su esposa. Aguilar era el segundo a bordo de la cooperativa Ecuador Libre y estuvo presente en la entrevista. Sobre el particular Ver: Diario el Expreso 27 de febrero de 2010, pp. 3.

45 Para supuestamente ayudarla a sacar su cédula de identidad.

46 El 30 de enero de 2006.

47 La solicitud se tramitó ante el Alcalde Metropolitano de Quito, quien, de acuerdo con la legislación entonces vigente, era la autoridad competente para conocer de este tipo de garantía a favor de la libertad.

48 Este recurso, que existía en vigencia de la Constitución de 1998, fue presentado ante la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Quito.

ilegal, maltratos y pidiendo la excarcelación e imposición de una pena alternativa, pues a su juicio se debía tomar en cuenta la edad del solicitante⁴⁹. El alcalde negó la solicitud y envió al Tribunal Constitucional el caso para su resolución en segunda y definitiva instancia. El citado Tribunal Constitucional resolvió definitivamente el caso mediante resolución publicada en el registro oficial del 19 de mayo de 2006. En las consideraciones pertinentes⁵⁰ el máximo tribunal ecuatoriano de lo constitucional de la época, consideró que el ambientalista se encontraba detenido legítimamente, es decir, cumpliéndose con todos los requisitos legales, toda vez que no existían vicios de procedimiento en la detención, ni se había probado en el expediente el maltrato alegado. Por otra parte, los jueces constitucionales consideraron que el recurrente había hecho uso de su derecho legítimo a la defensa, con pleno cumplimiento del debido proceso, y por lo tanto no procedía el Habeas Corpus solicitado.

La resolución precisa⁵¹ que “la alegación del sindicado, en relación a que es una persona mayor de sesenta años, y que por tanto, no se lo puede recluir” no tiene asidero constitucional ni legal, toda vez que el Art. 7 de la Ley 2005-2 reformativa al Código Penal, aplicable al caso, determina que tratándose de delitos sexuales cuyas víctimas sean menores de edad⁵², se establece una excepción a la prohibición de recluir en la cárcel a mayores de 60 años, así como para la trata de personas, caso en los que el sindicado tampoco podrá cumplir prisión domiciliaria.

Meses después, el 20 de marzo de 2006 la Fiscalía profirió dictamen acusatorio en contra de Floresmilto Villalta, acogiendo como válidas la versión del denunciante y las pruebas presentadas por la acusación particular, y desestimó las declaraciones de descargo del imputado. Específicamente la Fiscalía asumió como válidos los resultados de los exámenes médicos realizados a la menor días después de la denuncia, que demuestran que la supuesta agredida había sido objeto de acceso carnal, y no consideró la versión del ambientalista según la cual “las acusaciones eran una retaliación de la empresa maderera Endesa Botrosa por haber promovido la devolución de las 3400 hectáreas del predio Pambilar⁵³”; tampoco admitió como prueba la declaración de la menor y de su padre en el sentido de que no fue violada por Villalta.

El juez penal de primera instancia consideró probados, a partir del texto de la denuncia y de las alegaciones de la Fiscalía, tanto el hecho de la violación

49 En ese momento Floresmilto Villalta tenía 63 años de edad.

50 Ver: Considerando 6 de la resolución.

51 Ver Considerando 7 de la Resolución.

52 Ver. Registro Oficial No 45 de 23 de junio del 2005.

53 Los antecedentes del caso son los siguientes: el 23 de junio de 1998 la empresa Endesa Botrosa logró que el Instituto Nacional de Desarrollo agrario (INDA) le entregará para su explotación comercial 3400 hectáreas de bosque perteneciente al patrimonio del Estado. Como ha quedado reflejado en la entrevista a Villalta, ese territorio era habitado desde tiempo atrás por colonos provenientes de la comunidad a la que pertenece el ambientalista. Los miembros de esta comunidad se organizaron en la cooperativa Ecuador Libre, y a través de múltiples acciones legales, incluyendo una acción de Amparo fallada por el entonces Tribunal Constitucional a favor de la agrupación, lograron la reversión del predio al patrimonio del Estado, hoy Ministerio del Ambiente.

como la responsabilidad del imputado en los hechos de los que se le acusaba, y lo condenó a una pena de 16 años de prisión sin derecho a beneficios.

Esta sentencia fue apelada por la defensa de Villalta ante el Tribunal Cuarto Penal de Pichincha. Los principales argumentos del escrito de la defensa buscan demostrar la inexistencia del acceso carnal violento, y la relación existente entre la acusación y la empresa maderera. En cuanto a lo primero, el abogado sostuvo en sus escritos que las pruebas médicas realizadas demostraban que la menor, al momento de presentar la denuncia era sexualmente activa, que previamente había sido violada, pero que no existía prueba científica alguna de que esa actividad sexual actual fuera realizada mediando el abuso de poder, la intimidación o la violencia; y mucho menos que el autor de esa supuesta violencia fuera el ambientalista.

En cuanto al segundo argumento, dentro del escrito de apelaciones puede leerse que Villalta ha sido y fue perseguido por la maderera y que el caso no es más que una retaliación a las actividades de su defendido⁵⁴. El abogado defensor de Villalta insistió en el argumento según el cual fue la empresa la que financió la acusación. Específicamente sustentó su afirmación en el hecho de que la abogada de la acusación particular fue asesora jurídica de la empresa; asimismo sostuvo que el propio padre de la menor, Simón Guagua, podía confirmar que la misma abogada, doctora María Paulina Araujo, cuando era funcionaria de la Fiscalía presionó al padre de la menor y a la propia menor para que desistieran de retractarse de la denuncia contra el líder social⁵⁵. También aseguró que existía otro nexo claro entre Botrosa y el caso Villalta, pues el relacionador público encargado de entregar la información sobre la violación de la menor, en ocasiones anteriores había suministrado datos institucionales sobre la empresa maderera, lo cual, a su juicio, deslegitimaba la actuación de esos profesionales, y por lo menos dejaba en claro la existencia de un conflicto de intereses y ponía en duda la veracidad de los hechos.

Estos argumentos, sin embargo, fueron desestimados por el juez ad quem, y como consecuencia, los miembros del Tribunal Cuarto Penal de Pichincha ratificaron en su integridad la decisión del juez de primera instancia, en sentencia proferida el 16 de octubre de 2006. En esa providencia específicamente consideraron que no existía prueba de que el delito por el que fue condenado Floresmilto Villalta fuera consecuencia o tuviera relación alguna con persecuciones o motivaciones políticas o de reivindicación social, sino que era independiente de las actividades ambientalistas del condenado, “tanto es así -dice textualmente la sentencia- que no se comprobó que exista contra él un contubernio entre representantes de la empresa ENDESA BOTROSA, el CEPAM y el señor Geo Guagua, pero si se probó las responsabilidades de Floresmilto Villalta dentro del delito que se le imputó”⁵⁶.

54 Ver. Entrevista Diario el Comercio 16 noviembre de 2009, sección judicial página 6.

55 La abogada de la acusación particular es la reconocida abogada penalista Paulina Araujo, quien además de profesora universitaria y actual decana de la Universidad SEC de Quito había sido asesora del Fiscal General del Estado.

56 Ver Expediente 001 - 2008 - AN Folios 118 a 121.

Proferida esta sentencia, Villalta interpuso recurso extraordinario de Casación, alegando la causal 3 del artículo 3 de la ley de casación, consistente en la falta de apreciación de las pruebas de descargo aportadas por él en las dos instancias. El 7 de agosto de 2007, la tercera sala de la Corte Suprema desestimó el recurso y ratificó la sentencia del Tribunal Cuarto de lo Penal.

FLORESMILO EN LA CONSTITUYENTE

El contexto político

Al verse condenado por la justicia ordinaria y frente a su convicción personal de inocencia, y al ser objeto de una persecución política, Villalta acudió en busca de “justicia” a la Asamblea Constituyente, que estaba funcionando desde noviembre de 2007 en la población de Montecristi, Provincia de Manabí.

Para entender el papel de la Constituyente en el caso, y antes de abordar el análisis estrictamente jurídico de su actuación, es importante hacer alguna referencia previa al contexto político e ideológico en el que se presentó el caso de Villalta.

Para ello es necesario retrotraerse a la campaña electoral y a la “*propuesta del gobierno nacional para una nueva constitución*”⁵⁷. En cuanto a la campaña electoral, el actual gobierno ecuatoriano fue elegido en noviembre de 2006, a partir de una motivación clara: el deseo del pueblo ecuatoriano de transformar las caducas estructuras políticas, económicas y jurídicas que gobernaron al país en los últimos 50 años⁵⁸, y la necesidad de una revolución política y jurídica que aparte de modificar el sistema electoral transformara la noción tradicional de democracia representativa -entendida como supremacía absoluta de una mayoría-, por la idea de democracia constitucional y participativa, pensada como el lugar de la supremacía y realización efectiva de los derechos⁵⁹.

En cuanto a la propuesta constitucional, el Gobierno Nacional, principal motor de la revolución constitucional y jurídica que vivió el país, pretendía desarrollar una propuesta que permitiera superar por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana la contraposición clásica Estado-Mercado / Poder-Libertad, y abarcar desde una perspectiva sistémica todos los temas que el neoliberalismo había eliminado del debate público. Específicamente planteó la irrupción de un nuevo modelo político, social y económico, que concibiera los problemas del Ecuador desde una perspectiva más amplia, y que incorporara cuestiones tales como medioambiente, género, diversidad, cultura y seguridad; y que tomara en consideración la protección a la vida en todas sus manifestaciones: natural, social, cultural, política y económica.

57 Ver: Secretaría General de Comunicación de la Presidencia de la República, BOLETÍN DE PRENSA SGC-B-1133, Quito, 06 de julio de 2007.

58 Lo que implicaba el desmonte de la estructura económica neoliberal que en los 15 años anteriores, había desarmado el Estado y llevado a la diáspora a más de 3 millones de compatriotas.

59 Escobar C. Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional, En: AAVV. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2008, pp. 218.

Pero una cosa son las ideas generales en donde, con raras excepciones, existe un consenso mayoritario, y otra cosa las sensibilidades y los planteamientos de cómo debían llevarse a cabo, en el plano normativo, estas propuestas.

En el espectro progresista de la Constituyente una de las agendas más influyentes fue la del género, que permitió incorporar al nuevo modelo constitucional avances tan importantes como la reafirmación del carácter laico del Estado y la eliminación en la constitución de conceptos patriarcales como la honra y el honor, a través del establecimiento y la normativización de los conceptos de paternidad y maternidad responsables. A esto se debe añadir la consideración de la familia como espacio determinante de socialización, a partir de una nueva definición de familia acorde con la cultura, las tradiciones y las innovaciones del orden social ecuatoriano; lo que permitió agregar a la definición clásica de familia el reconocimiento de realidades sociales ampliamente conocidas y aceptadas, como la familia formada por mujeres cabeza de hogar, la familia mono-personal, la familia ampliada producto de la migración, o la familia formada por parejas del mismo sexo; procedimientos especiales para el establecimiento y sanción de delitos de violencia intrafamiliar, sexual y crímenes de odio, y aquellos que se cometan en contra de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria⁶⁰ o la a consagración de la paridad, la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida la plena capacidad de las mujeres de decidir sobre su vida sexual y reproductiva, libres de cualquier discriminación, coerción o violencia.

Otra de las agendas emancipatorias políticamente potentes presentes en la Asamblea, fue la ambientalista. Los verdes de la Asamblea, aprovechando que el propio Presidente de la República y el partido de gobierno habían fijado como uno de los ejes centrales de su propuesta política de la “*Revolución Ciudadana*” la revolución ambiental, pusieron en el debate constituyente importantes cuestiones relacionadas con la protección del ambiente. Los más importantes logros del ambientalismo en la Constituyente, impulsados desde la propia presidencia de la Asamblea,⁶¹ fueron sin duda alguna la constitucionalización del concepto de *Sumak Kawsay*; el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto autónomo de derechos constitucionales;⁶² la extensión significativa del derecho fundamental a vivir en un contexto sano, ambientalmente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza⁶³, la constitucionalización del concepto de soberanía alimentaria; la democratización del uso y acceso a la tierra; así como la vinculación del modelo de desarrollo en su conjunto, y del sistema económico constitucional en particular, a la conservación de la naturaleza y al mantenimiento de un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo al agua, aire y suelo, y el reparto equilibrado de los beneficios de los recursos que pertenecen al patrimonio natural del país⁶⁴.

60 Ver: Artículo 81 de la Constitución de la República de Ecuador.

61 Aquí me refiero a la Presidencia de Alberto Acosta.

62 Ver: Artículos 71 a 74 de la Constitución de la República de Ecuador.

63 Ver Artículo 66 Numeral 27 de la Constitución de la República de Ecuador.

64 Ver Artículos 276 numerales 1 y 4, y 277 numeral 1.

EL INFORME PEÑAFIEL

En la mayoría de los casos estas agendas eran complementarias y se mantuvieron unidas, luchando contra las propuestas de otros grupos que también defendían visiones más conservadoras y tradicionales del orden social al interior de la Constituyente, incluyendo en este grupo las posturas del propio presidente Correa.

Sin embargo, esa alianza no se mantuvo incólume a lo largo de todo el debate constituyente. Uno de los momentos de mayor separación y conflicto entre las dos visiones se presentó con ocasión de la discusión en la mesa 10 de legislación y fiscalización, del informe sobre la amnistía a los líderes sociales criminalizados a través de la acción de la justicia, y concretamente en relación con el caso de Floresmilto Villalta. En efecto, el informe jurídico que generó y sigue generando graves tensiones entre el movimiento que lucha por los derechos de las mujeres y los ambientalistas se conoce como informe Peñafiel, por haber sido redactado por la Asambleísta constituyente Marisol Peñafiel.⁶⁵

Dicho informe tiene desde al comienzo un alinderamiento claro a favor de las causas verdes y carece absolutamente de cualquier referencia o sensibilidad ante la perspectiva de género. Literalmente habla de que “en la actualidad una de las causas más importantes de campesinos, mestizos y de los pueblos indígenas del país es la defensa de sus territorios y recursos, frente a las actividades extractivas y otras ambientalmente no sustentables”⁶⁶.

En el informe se menciona que ante los intereses y las intervenciones de los poderes económicos vinculados a la extracción y explotación de recursos naturales, en el Ecuador se han generado importantes procesos de resistencia cuyos protagonistas son comunidades indígenas, campesinas y afroecuatorianas de todas las zonas del país. De acuerdo con el texto del informe, estos procesos de resistencia civil y comunitaria han sido contestados por las empresas e intereses vinculados al negocio, con la criminalización de la protesta y la utilización ilegítima de distintas estrategias para restar credibilidad a estas personas⁶⁷, situación que, por otra parte, ha sido reconocida por la CIDH⁶⁸ y por el relator Especial de Naciones Unidas para los defensores de los Derechos Humanos⁶⁹.

65 Se trata del informe presentado por la Asambleísta constituyente Marisol Peñafiel a la Comisión del Legislación de la Asamblea Constituyente, en sesión del 6 de marzo de 2008, mismo que fue aprobado en sesión del 11 de marzo de 2008 y por el pleno de la Asamblea mediante acta 027 en la sesión del 14 de marzo de 2008.

66 Ver Peñafiel, Marisol, informe a la Mesa de Legislación y Fiscalización, Asamblea Constituyente, marzo de 2008, pp. 2.

67 El informe menciona entre otros mecanismos de hostigamiento y criminalización de la protesta social los siguientes: presentación de denuncias y procesos judiciales contra dirigentes, líderes y pobladores, amenazas contra la vida, hostigamiento y represalias; agresiones físicas, apaleamiento y asesinato de líderes a través de sicarios y grupos paramilitares, y deslegitimación de los líderes a través de la presentación de denuncias respecto de delitos comunes ajenos a los procesos de resistencia. Sobre el particular ver Informe Peñafiel, pp. 4.

68 Ver: CIDH Informe Anual 2006.

69 Ver Informe de la Relatora para los defensores de Derechos Humanos a la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, julio de 2002.

El informe reconoce específicamente el hostigamiento a los líderes más caracterizados, utilizando para ello diversos instrumentos legales y procesales tales como las órdenes de detención por delitos flagrantes, la prisión preventiva y la perversa identificación y vinculación entre la acción política de los líderes con la comisión de delitos atroces de carácter común.

Ante esta situación y en respuesta a las distintas solicitudes de organizaciones sociales, la Asamblea Constituyente otorgará una Amnistía a favor de un grupo importante de mujeres y hombres acusados y condenados por varios delitos vinculados con la defensa del medioambiente⁷⁰, y la Comisión de Legislación y fiscalización de la Constituyente inició una investigación cuyo resultado final es un informe que examina cada uno de los casos y recomienda al pleno de la Asamblea la aplicación de una Amnistía como forma idónea para restituir los derechos de los líderes sociales y ambientales criminalizados⁷¹.

Los asambleístas fundamentaron su recomendación con ciertos criterios entre los que cabe destacar: a) el reconocimiento a la dignidad humana como eje transversal de reconocimiento y ejercicio de los derechos; b) el reconocimiento explícito del derecho a la resistencia;⁷² c) el reconocimiento del derecho a la legítima defensa de la naturaleza y los derechos humanos; y finalmente, d) el reconocimiento de que todos los actos amnistiados eran actos políticos enmarcados dentro del ejercicio del derecho a la resistencia.

En cuanto a este último criterio, el informe soporta el reconocimiento del carácter político de todas las conductas amnistiadas en varias consideraciones adicionales: a) la indefinición e imprecisión de la categoría de delito político⁷³; b) el hecho de que en la mayoría de los casos los líderes de las protestas sociales en defensa de la naturaleza hayan sido acusados de delitos, que aisladamente considerados serían clásicos delitos comunes, pero que en el contexto de la criminalización de la protesta social asumen la condición de delitos de conciencia por conexidad; y, c) las irregularidades detectadas en muchos de ellos, que demuestran claramente, según el informe, la intención torcida de los procesos encaminados a desprestigiar y desmovilizar a líderes sociales.

En el caso concreto de Floresmilo Villalta, la recomendación del informe en el sentido de incluirlo dentro de los casos amnistiados, si bien es clara se sustenta en un muy ligero y dudoso análisis probatorio que aparece consignado en la matriz sobre los casos de criminalización de la protesta, que hace parte del informe en el que, a juicio de su autora, se demuestra: 1) la condición de

70 La propuesta fue presentada inicialmente de forma oficial por el Asambleísta Jorge Sarango el 17 de enero de 2008, y posteriormente fue apoyada por los Asambleístas Jorge Escala, Lenin Hurtado y Abel Ávila del Bloque del MPD por un lado, y Marisol Peñafiel y Franklin Puente de Acuerdo País.

71 Ver: Ver Peñafiel, Marisol, informe a la Mesa de Legislación y Fiscalización, Asamblea Constituyente, marzo de 2008, pp. 28.

72 De acuerdo con el informe, el derecho a la resistencia es un derecho fundamental de todos los seres humanos a oponerse individual o colectivamente, de manera activa, a los hechos, proyectos, políticas y leyes que vulneren o pongan en peligro su vida y la de la comunidad.

73 El informe soporta esta aseveración en el hecho de que ni la Constitución ni la ley definen qué y cuáles son los delitos políticos.

delito político conexo de la conducta por la que el ambientalista fue condenado a 16 años de prisión⁷⁴; y, 2) la ocurrencia de graves irregularidades y anomalías procesales en la apreciación de la prueba⁷⁵ por parte de los jueces de instancia.

EL DEBATE QUE PUDO SER Y NO FUE

A pesar de las apariencias derivadas de la apreciación de la votación final⁷⁶, la cuestión no fue tan pacífica como a primera vista pudiera pensarse.

Entre el 6 y el 11 de marzo de 2008, se presentaron álgidas discusiones, precipitadas reuniones de pasillo y reuniones del bloque donde el tema siempre fue el caso Villalta. Algunos asambleístas de la comisión de legislación, entre los que se destaca María Paula Romo, plantearon reparos a la extensión de la categoría de delito político a la violación de la menor Jenny Guagua. Aunque no hay actas ni pruebas documentales que muestren con claridad el debate, lo cierto es que, según han informado personas cercanas a la mesa 10 de la Asamblea, en relación con el caso había dos posiciones claras: la de aquellos que defendían la necesidad de incluir el caso de Villalta dentro del informe por su convicción profunda de que la denuncia por violación había sido una estrategia jurídica para hundir al ambientalista, y la de los que, como María Paula Romo, siguiendo los criterios del entonces Ministro de Justicia Gustavo Jahlk, consideraban imposible reconocer al delito de violación como un delito conexo a cualquier delito político.

Sin embargo, el debate quedó acallado antes de comenzar, pues se impuso una posición maximalista de todo o nada. Personas cercanas a la Asamblea aseguran que hubo fuertes presiones de parte de la presidencia del organismo para incluir sin matización alguna el caso Villalta dentro de los Amnistiados. Sea esto verdad o no, cabe la duda, puesto que una de las principales asesoras de Alberto Acosta era Esperanza Martínez, quien además de ser una de las mas caracterizadas dirigentes de Acción Ecológica, organización patrocinadora de la causa de Floresmilo, siempre ha mantenido públicamente la tesis de que la denuncia es un acto de manipulación de la justicia.

El resultado final fue, como se sabe, la aprobación del informe por 10 votos de los 12 posibles. Quienes no votaron el informe⁷⁷, sin embargo, no lo hicieron con argumentos y de frente, sino que prefirieron esconderse y no votar. El

74 Este nexo de causalidad estaría probado a partir de un silogismo que el informe incorpora, donde la premisa mayor es la condición de Villalta de líder histórico en defensa de los bosques de propiedad del Estado, así como la evidencia de las continuas agresiones físicas y psicológicas sufridas por el condenado de parte de empresas madereras; la premisa menor sería la utilización reiterada de la empresa de juicios administrativos y penales en contra del ambientalista, y la conclusión sería la consideración de la denuncia por violación como una utilización abusiva de la justicia y represalia para sancionar la lucha social del líder ambientalista.

75 Particularmente la renuencia reiterada de las distintas instancias del juicio, de tomar en cuenta como prueba pertinente y conducente las declaraciones de la supuesta ofendida, tanto en la fiscalía como en los medios de comunicación. Al respecto Ver: transcripción de las entrevistas hechas a la menor Jenny Guagua y a su padre Simón Guagua en la radio La Luna los días 11 y 12 de enero de 2006.

76 Ver Asamblea Constituyente Acta No. 27 pp. 20.

77 Gilberto Guamangate de Pachakutik, Galo Lara de Sociedad Patriótica y Cesar Rodríguez de Alianza País.

caso más significativo es el del actual asambleísta César Rodríguez, entonces flamante presidente de la Mesa de legislación, quien momentos antes de la votación del 11 de marzo abandonó la sesión para luego, con el agua al cuello por el escándalo mediático suscitado por la decisión de la Corte, en declaraciones públicas dadas entre otros al diario El Mercurio de Cuenca⁷⁸, asegurar indignado que la Constituyente jamás concedió amnistía a personas acusadas de delitos sexuales. Lo que queda claro en este caso es que el asambleísta Rodríguez jamás leyó ni debatió el informe Peñafiel.

LOS ERRORES DE LA ASAMBLEA

Sin necesidad de asumir posiciones reaccionarias como aquellas que en el Ecuador ha denostado la Convocatoria a una Asamblea Constituyente, desde una perspectiva jurídica tradicional, podemos afirmar que la decisión de la Asamblea Constituyente adolece de algunos problemas técnicos.

Está claro que la Asamblea Constituyente en ejercicio de sus plenos poderes resolvió decretar la Amnistía del 14 de marzo de 2008, con una intencionalidad política clara, digna de aplauso por demás: hacer explícita y sancionar la subordinación de la justicia a intereses de grupos políticos y particulares, y el uso y abuso de los medios judiciales para criminalizar la protesta social.

Lo que no está tan claro es la idoneidad del camino escogido, por lo menos en lo que se refiere al caso de violación supuestamente protagonizado por Villalta. Hay dudas concretas sobre la legitimidad de la aplicación de la Amnistía en un caso como el que nos ocupa, en el que, por lo menos existe una duda sobre la participación del ambientalista en los hechos.

Lo correcto desde el punto de vista jurídico hubiera sido declarar una amnistía general para todos los procesos donde fuese posible atender más al tipo de delito que a las personas de sus infractores, en tanto los hechos hubieran tenido una motivación claramente política o social; y plantear no la Amnistía, sino el indulto particular para aquellos casos en donde ese nexo causal entre el delito político y los delitos comunes fuera más difícil de establecer.

Esta opción hubiera permitido preservar la naturaleza política del acto de la Asamblea, y a la vez tomar en consideración ciertas circunstancias particulares relativas al procesado y no tanto a los hechos. En el caso que nos ocupa, si bien técnicamente era imposible considerar la violación de una menor como objeto de Amnistía, sí había dudas razonables sobre la idoneidad del manejo de las pruebas dentro del proceso para declarar un indulto particular que le perdonara la pena a Villalta, teniendo en cuenta la trayectoria del líder ambientalista y la posibilidad de que la imputación fuese parte de una estrategia para desprestigiarlo.

Pero si no se aceptara esta tesis estrictamente técnica por considerar que la

78 Ver: Diario El Mercurio de Cuenca, 16 de noviembre de 2009, pp. 2A.

Amnistía era el camino adecuado por ser un acto estrictamente político, en todo caso el procedimiento para la adopción de la decisión debió ser distinto.

Si bien es cierto, el ejercicio de los plenos poderes que la Asamblea asumió implicaba por definición que los asambleístas pudieran ejercer, como efectivamente lo hicieron⁷⁹, todas las funciones del Estado y particularmente las atribuciones propias del legislativo, entre ellas la de dictar Amnistías generales⁸⁰, también lo es que estas Amnistías debieran cumplir con ciertos requisitos procedimentales entre los cuales está la garantía general al debido proceso, que se debe guardar siempre cualquiera sea la naturaleza de la función o del acto objeto de análisis.

En el estudio de las actas oficiales de la Asamblea no aparece que el informe Peñafiel haya “tomado en serio” los principios del debido proceso, por lo menos no en lo que se refiere al caso Villalta. Al tratarse de una Amnistía, ésta, por definición, implica una investigación previa y una revisión extraordinaria del proceso. En este contexto la Asamblea Constituyente debía garantizar a las partes y a los interesados el derecho a ser escuchados en igualdad de condiciones, y no lo hizo adecuadamente. De lo que se sabe, la asambleísta que redactó el informe se limitó a solicitar, a su mejor criterio, los documentos que mejor le parecieran, no pudiendo ninguna de las partes ser oída oficialmente, lo que deja un manto de duda sobre la idoneidad de la investigación.

También existen dudas sobre el hecho de que la víctima hubiera tenido la oportunidad de presentar, verbalmente o por escrito, pruebas, argumentos, o razones que interesaran al caso; tampoco existe suficiente evidencia de que la víctima o sus abogados hubieran podido controvertir los argumentos presentados por Villalta y los grupos que lo apoyaban. Esto es importante por cuanto si en el proceso penal ordinario que terminó con su condena Floresmilo argumentó y sigue sosteniendo que por razones políticas se le violó el debido proceso por ausencia de apreciación legal de las pruebas por él presentadas, en la revisión extraordinaria hecha por el legislador constituyente, a efectos de determinar si se le concedía o no la amnistía. Con estos antecedentes era necesario el mayor de los escrúpulos en el cumplimiento de los preceptos y garantías relacionados con el debido proceso, ya no de Floresmilo, sino de la supuesta víctima, y esto por desgracia no ocurrió.

79 Ver Artículo 7 del Mandato 1 de la Asamblea Constituyente, publicado el 29 de noviembre de 2007.

80 La función de decretar Amnistías generales, por ser una especie de autoderogación estatal de la facultad de administrar justicia, es una atribución que la teoría clásica de la división de poderes atribuía al legislativo, además por ser esta función del Estado la que se consideraba preeminente respecto de las demás. Hoy en día, a pesar de que el equilibrio de poderes, es definida de manera distinta la potestad de amnistiar y se mantiene como facultad exclusiva del poder legislativo, lo cual constituye una curiosidad histórica más que un imperativo sistémico.

Un supuesto Violador consigue apoyo de la Corte Constitucional⁸¹

Con ese titular la prensa ecuatoriana registró la noticia de la liberación del ambientalista dictaminada por la Corte Constitucional, en sentencia de fecha 24 de septiembre de 2009.

Más allá del sensacionalismo del titular, del escándalo provocado y de las declaraciones oficiosas de supuestos defensores de la menor agredida⁸², la realidad es otra. Independientemente de nuestra adhesión o rechazo personal a la decisión de la Asamblea Constituyente, no puede acusarse legítimamente a la Corte de haber liberado a un violador. Lo que sí es legítimo y necesario es examinar técnicamente la consistencia jurídico-constitucional de la Sentencia, y medir el grado de sensibilidad de esta providencia respecto de los argumentos de género. Valorar adecuadamente la decisión de la Corte consiste en ponerla en el contexto debido, y para ello lo indicado es abandonar las interpretaciones y examinar directamente su texto.

Esto no es factible si no se explicitan algunos antecedentes:

A pesar de los plenos poderes, la Asamblea no consiguió la libertad de Villalta. Los jueces ordinarios desafiaron al constituyente negándose a cumplir la orden que les obligaba a poner inmediatamente en libertad a los beneficiarios de la Amnistía, entre ellos a Villalta, y a archivar y suspender todos los procesos⁸³. Alegaron en su momento, a través de providencias y diligencias judiciales, que la Amnistía, al no referirse a delitos comunes, no podía cobijar el caso Villalta. Utilizaron en su defensa un oficio del Ministro de Justicia y Derechos Humanos Gustavo Jahlk, de fecha 18 de junio de 2008⁸⁴, en el que este alto funcionario del Gobierno dice que no procede la Amnistía otorgada por la Asamblea por cuanto existe una sentencia condenatoria de 16 años por el delito de violación, y que esa conducta no fue considerada por los constituyentes al darle el beneficio de la Amnistía⁸⁵.

Y aquí entra a actuar la Corte. A los pocos días de la entrada en vigencia de la Constitución, el día 22 de octubre de 2008 los defensores de Floresmillo Villalta demandaron el incumplimiento de la Amnistía otorgada por la Asamblea Constituyente en el caso de Floresmillo Villalta por parte del Presidente del Tribunal Cuarto Penal de Pichincha. De acuerdo con el texto de la demanda, los defensores del ambientalista consideraron violados los

81 Ver: Diario la Hora 25 septiembre de 2009, Pp. 5A. y 27 de septiembre pp. 5B.

82 Ver Diario la Hora, 18 de octubre de 2008, pp. 5B Declaraciones de Paulina Araujo, defensora de la niña ultrajada sobre la decisión de la Corte Constitucional.

83 Ver: Asamblea Constituyente Acta No. 27 pp. 31 de 97. 2008

84 Ver: Ministerio de Justicia Oficio NO. MJDH - 0462 - 08 de 18 de junio de 2008.

85 El Oficio del Ministro de Justicia Textualmente dice:

"Por la documentación anexa al oficio, en efecto no procede en la persona de Floresmillo Villalta la amnistía que otorgó la Asamblea Nacional Constituyente, puesto que existe una sentencia condenatoria de 16 años de prisión dictada por el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha por violación de una niña de 12 años". (...) Y continúa: (...) "Más aun cuando no hay coincidencia de los periodos judiciales en su contra, puesto que el señor Villalta recibió respaldo popular de la Asamblea por considerársele un perseguido por sus acciones sociales entre marzo y abril de 2004, no obstante el hecho por el que recibió sentencia condenatoria ocurrió posteriormente, en agosto de 2005, y a pesar de que su defensa intentó relacionar la acusación como una persecución en su contra de conformidad con la sentencia el delito y la responsabilidad del acusado fue plenamente probado".

derechos constitucionales a la libertad, a la igualdad ante la ley y a la independencia judicial⁸⁶.

Con estos antecedentes la Corte avocó conocimiento del caso y sentenció.

Argumental y discursivamente la sentencia corresponde a un típico silogismo. Divide los problemas jurídicos en una premisa mayor de carácter normativo, una premisa menor fáctica, y una conclusión igualmente normativa.

La premisa mayor está constituida por un conjunto de argumentos dirigidos a inspeccionar y blindar la capacidad de la Asamblea Constituyente. Para otorgar la amnistía⁸⁷, la premisa menor se estructura a partir de una evaluación fáctica de la actuación del juez ordinario al negarse a cumplir el mandato constituyente, y del examen del alcance jurídico del concepto del Ministro de justicia; y finalmente, la conclusión es la prueba de la relación de causalidad entre la imputación del delito común y la persecución política de la que el demandante había sido objeto por parte de la empresa Endesa-Botrosa.

El resultado de toda esta “impecable” operación lógica es obviamente la aceptación de la acción, la declaración del incumplimiento por parte del Tribunal Cuarto de lo penal de Pichincha, y la orden perentoria para que el citado Tribunal cumpla la amnistía en los términos estipulados en el artículo 4 de la misma.

Valorando analíticamente la sentencia, encontramos que, para sustentar el primer elemento del silogismo la Corte, acude a la línea jurisprudencial que ya había marcado con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad del mandato 1. En ese sentido ratifica una vez más la intangibilidad absoluta de las decisiones de la Asamblea Constituyente y su ausencia de control por parte de los poderes constituidos, y como corolario lógico reconoce el carácter vinculante y la superioridad jerárquica a la amnistía controvertida, y determina que la amnistía No. 4 es una norma constitutiva del sistema jurídico ecuatoriano y como tal no es susceptible de impugnación alguna por parte de ningún poder constituido, “sino tan solo objeto de aplicación con el listado de beneficiarios de la misma”⁸⁸.

Esto, por supuesto, implica una toma de posición previa a cualquier análisis jurídico, respecto a la validez de la decisión de la Asamblea de reconocer la amnistía a Floresmilo Villalta. La Corte reconoce de plano, sin ningún cuestionamiento ni jurídico, ni político, ni fáctico, que el ambientalista fue beneficiado por la Amnistía del 14 de marzo, pues “la asamblea Nacional Constituyente de forma inequívoca identificó el sujeto, el objeto, y el proceso

86 Ver. Corte Constitucional, Sentencia 001 – 2008 - AN

87 Como parte de esta premisa mayor la Corte también examina la relación de causalidad entre la imputación de un delito común y el delito político y el alcance de la amnistía.

88 Ver Corte Constitucional, Sentencia 001 – 2008 – AN, pp. 10.

penal relacionado al accionante y después de un análisis ha detectado irregularidades, considerando que es un ciudadano que ha ejercido su derecho a la resistencia y ha realizado oposición a la acción devastadora de los recursos forestales del Estado por más de una década, incluso siendo inculcado en varios delitos comunes”.

Esta lectura de la sentencia no obedece, sin embargo, a una apreciación caprichosa o subjetiva. Documentos emanados de la propia Corte lo confirman. De acuerdo con la transcripción de las intervenciones de Patricio Pazmiño, Presidente de la Corte, en el pleno de esa función del Estado “ni la Corte liberó a un violador, ni tampoco lo amnistió”⁸⁹. De lo que se trató, según el funcionario, fue de “decidir si Villalta era o no beneficiario de una decisión del poder constituyente, o lo que es lo mismo, decidir si Villalta era o no beneficiario de la Amnistía”. “No se trataba entonces —continúa el presidente de la Corte— de determinar si el ambientalista era autor, cómplice o encubridor del delito de violación, ni tampoco se trataba de juzgar a los jueces que en tres instancias decidieron condenarlo”⁹⁰.

En cuanto al segundo elemento, es decir, la valoración de las actuaciones de los jueces, muy a pesar de las declaraciones del Presidente Pazmiño en sentido contrario, la ponencia de minoría redactada por él, que posteriormente se convertiría en Sentencia, sí realiza un análisis de la legalidad y legitimidad de la motivación de los jueces ordinarios al negarse a cumplir la decisión del poder constituyente.

La Corte en uno de los párrafos de la sentencia define claramente que a su juicio los jueces actuaron sin mediar motivación suficiente, toda vez que, violando la independencia judicial acogieron el concepto del Ministro de Justicia⁹¹, pronunciamiento que en opinión de los jueces de la Corte, y a pesar de lo respetable que pueda ser la opinión personal de un Ministro, no posee valor vinculante para los jueces ni emana de autoridad competente para interpretar el alcance o aplicabilidad de un acto del poder constituyente de plenos poderes.

La conclusión de la Corte es que el Presidente del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha debió dar cumplimiento a la Amnistía sin objeción alguna, y que al hacerlo en sentido contrario actuó sin motivación jurídica y violó directamente el principio de igualdad formal y sustancial de Floresmillo Villalta.

En esta parte la sentencia también ratifica, utilizando para ello el método histórico de la interpretación a través de las Actas de la Asamblea, que en las deliberaciones de la Mesa de legislación y fiscalización fue discutido,

89 Ver: Titular de Radio Tarqui 30 de noviembre de 2009.

90 Ver Corte Constitucional. Transcripción de la intervención del presidente de la Corte para el Periodo de transición dentro de la Causa No. 001-08-AN jueves 24 de septiembre de 2009.

91 Ver Corte Constitucional, Sentencia 001-08-AN, pp. 15.

conocido y aprobado⁹², considerar como delito político el caso del proceso seguido contra Floresmillo Villalta por la supuesta violación de Jenny Guagua.

Ahora bien, como se dijo, la conclusión del silogismo está dada por la acreditación del vínculo de causalidad entre la imputación del delito común y la persecución política de la que el demandante había sido objeto por parte de la empresa Endesa-Botrosa.

La Corte consideró que, dados los antecedentes de la relación entre Villalta y Botrosa, que incluyen agresiones físicas, amenazas contra su vida y judicialización permanente, no resultaba extraño que la Asamblea Constituyente hubiera enlazado la imputación de un delito atroz con el activismo de Villalta y lo hubiese considerado, a efectos de la Amnistía, un delito conexo con las actividades políticas del líder ambientalista.

En este punto es donde la sentencia demuestra con mayor claridad el patriarcalismo que la caracteriza, y la falta de sensibilidad por los derechos de las víctimas de agresiones sexuales. En la sentencia hay una clara desproporción entre la indignación permanente del juez constitucional por los maltratos sufridos por el ambientalista en su actividad pública, y la defensa de su derecho a la libertad frente al lenguaje patriarcal e inconscientemente discriminatorio con que trata a la supuesta víctima, en la única mención explícita que la sentencia hace a la niña⁹³.

LAS INCONSISTENCIAS DE LA CORTE

Los miembros de la actual Corte Constitucional del Ecuador promulgan, en cuanto foro público y privado son invitados, su militancia en el garantismo constitucional y su defensa a ultranza del Estado Constitucional de los derechos que establece la Constitución Ecuatoriana en su artículo 1.

En palabras sencillas, el garantismo es una doctrina filosófico política de justificación del derecho que propugna, como fin de lo jurídico, la protección al más débil y la limitación de los excesos del poder a través de la garantía judicial de los derechos establecidos constitucionalmente⁹⁴. Por su parte, el Estado Constitucional de los derechos es aquella manifestación particular del llamado Estado de Derecho, que se caracteriza por estar vinculado a la realización material y efectiva de la dignidad humana⁹⁵.

Una de las formulaciones básicas del garantismo constitucional, recogida

92 Ver: Corte Constitucional, Sentencia 001-08-AN, pp. 17 y 18.

93 Corte Constitucional Sentencia 001-08-AN, pp. 26.

94 Sobre la formulación general del Garantismo Constitucional Ver: Ferrajoli, L. Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid 2009; también: Ferrajoli, L. Derechos y Garantías: la ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid 2001 pp. 15 a 35; y, Ferrajoli, L. Garantías y Derecho penal. En Democracia y Garantismo, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

95 Sobre el Concepto de Estado Constitucional de los Derechos y sus características Ver: Montaña J. Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución Ecuatoriana de 2008, Corte Constitucional, Quito, 2009 pp. 109 a 123.

por la actual Constitución ecuatoriana y defendida por la actual Corte Constitucional, es precisamente el nuevo papel de los jueces en la creación judicial del derecho, que se realiza a través de la interpretación que hacen los jueces constitucionales de la Constitución y de las normas secundarias.

Esa interpretación creativa no es fácil, puesto que el material utilizado para hacer la interpretación, es decir, las normas de la Constitución, no tienen la misma configuración que cualquiera de las normas de una ley ordinaria: se componen en términos generales por principios y valores que tienen una estructura indeterminada, por lo que en la mayoría de los casos no se les puede aplicar los instrumentos y métodos interpretativos normales que la teoría jurídica clásica había creado para la ley. Específicamente no se puede usar la subsunción ni la forma argumental silogística cuando exista una tensión entre derechos o principios, sino que se requiere hacer ejercicios de argumentación y ponderación, lo que permite dar fundamento racional y legitimidad a las decisiones de los jueces a través de la demostración de la idoneidad de la medida, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto⁹⁶.

Dejando a un lado las digresiones teóricas y volviendo al caso, más allá de consideraciones políticas o de estar o no de acuerdo con la decisión, a la luz de los propios fundamentos teóricos que la Corte dice defender, esto es bajo el paraguas del garantismo constitucional, la sentencia 0001-08-AN adolece de importantes defectos.

El principal error de la Corte Constitucional en la sentencia del caso de Floresmilo Villalta no fue decidir, como lo hizo, sino haberlo hecho utilizando un método de argumentación incompatible con la naturaleza del caso. No bastaba con ampararse, como lo hizo la corte, en la defensa de la intangibilidad del poder constituyente. Al tratarse de un caso difícil, donde existía una clara tensión entre derechos, era necesario abandonar el silogismo, y tomar en cuenta y ponderar los distintos principios en conflicto, para después decidir.

La Corte, sin embargo, se limitó a hacer un uso tradicional de las herramientas de argumentación jurídica, pues partiendo de una consideración mecánica del poder constituyente declara aplicable la amnistía dada por el pueblo a Floresmilo Villalta, tan solo haciendo una verificación fáctica del incumplimiento de las autoridades judiciales del mandato de la Asamblea.

No hay en la sentencia, a pesar de lo que pudiera pensarse tomando en cuenta la militancia garantista de la autoridad que sentenció, ninguna consideración de carácter constitucional. Como pudo observarse, a pesar de que la principal función de la Corte Constitucional es la defensa de los derechos, particularmente de la población más vulnerable, en la sentencia

96 Ver: Alexi, R. La Formula del Peso, En: Teoría de la Argumentación Jurídica, CEPC, Madrid, 2008.

no existe ninguna consideración constitucional que demuestre alguna sensibilidad o tome en cuenta los derechos de la supuesta víctima.

En todo el discurso de la Corte la niña esta invisibilizada, solo aparecen dos preocupaciones: la garantía de la libertad del líder ambientalista, y el reconocimiento de la intangibilidad del poder constituyente. No hubo una ponderación que pusiera en el debido contexto la importancia o el peso específico de los derechos de Villalta frente a los de la niña. Es más, en las pocas ocasiones en que Jenny Guagua es mencionada en la sentencia y en las actas de la sesión en que se tomó la decisión no emerge como sujeto de derechos, pues la Corte se niega a debatir y considerar el tema de la violación, ni la conducta del supuesto violador respecto de su supuesta víctima, al tratarse, según el pleno, de cuestiones de legalidad⁹⁷.

Pero la invisibilización de los problemas de género en el caso es aun peor. En las escasas ocasiones en donde la sentencia encamina su argumentación hacia la protección de los derechos de la víctima, se termina naturalizando la violencia sexual. Dice la Corte en un párrafo digno del peor de los machistas: “Nuevamente llama la atención que al haber sido supuestamente violada por ese individuo llamado Adolfo (aceptan el padre y la misma Jenny María), ni el padre ni alguien de la familia haya realizado la denuncia respectiva (...). ¿Si Jenny había sufrido una violación anterior, por qué no habría denunciado alguien de la familia? ¿Cómo se explica que frente a la violación perpetrada por Villalta, el asunto se torne en una noticia nacional que trascienda en el diario Extra, y que de forma inmediata el tío de la supuesta agraviada realice la acusación particular?”.

Partiendo de la buena fe del juez constitucional y de su voluntad, no discutida aquí, de acertar el problema técnico de la sentencia en la falta de herramientas conceptuales del juez o en su ignorancia, la cuestión es más compleja porque involucra una concepción cultural patriarcal que impide de plano cualquier otra solución: el sexismo implícito y el patriarcalismo jurídico de los jueces les impidió, más que cualquier otra consideración, llegar a una conclusión distinta.

CONCLUSIONES: LO QUE HUBIERA PASADO EN EL CASO DE APLICARSE LA TEORÍA FEMINISTA O CRÍTICA DEL DERECHO

- El feminismo en cuanto teoría social ha demostrado que la diferenciación sexual constituye el eje central del orden social vigente, y como tal resulta ser el elemento nodal de cualquier análisis de la sociedad contemporánea.
- Ante esta situación, el feminismo propone a la mujer un compromiso político por el desmantelamiento de las bases que sostienen las relaciones sociales cotidianas, y la mayoría de las instituciones que nutren esa estructura androcéntrica del poder⁹⁸.

⁹⁷ Ver: Corte Constitucional, Transcripción de la intervención del presidente de la Corte dentro de la causa No. 001-08-AN, pp. 1.

⁹⁸ McDowell L., La Definición de Género, En: Género Identidad y lugar, Ediciones Cátedra, Madrid, 1999, pp. 19 a 47.

- Una de las estructuras de poder que habría que demoler sería justamente el derecho liberal, que a partir de la irrupción de la modernidad se ha constituido en la herramienta básica a través de la cual el orden social masculino ha garantizado su estabilidad y su reproducción⁹⁹.

- Haciendo abstracción de aquellas tesis radicales que niegan cualquier posibilidad de uso alternativo al derecho, desde el feminismo se han hecho dos aportes importantes a la crítica del derecho:

a) Se ha demostrado que el derecho liberal refleja y protege fundamentalmente los valores e intereses masculinos¹⁰⁰; y,

b) Se ha probado que incluso, cuando el derecho intenta proteger intereses y necesidades de las mujeres, su aplicación práctica termina discriminándolas debido a la incapacidad de quienes están encargados de aplicar el derecho de superar la ideología y los modos patriarcales de pensar y de actuar en los que han sido formados.

- Hay que reconocer asimismo el importantísimo avance de la agenda de género en el ámbito normativo general y abstracto, especialmente en lo que atañe al derecho internacional de los derechos humanos y en el plano constitucional retórico.

- Pero también es necesario remarcar el itinerario futuro: el espacio de reivindicación de la teoría jurídica de género no puede quedarse en lo normativo formal y abstracto. En el caso ecuatoriano los derechos ya están consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero aún falta un inmenso trecho por recorrer en el plano de la aplicación efectiva de los derechos por parte de los jueces.

- Particularmente en lo concerniente a la lucha contra la violencia sexual, ésta se debe dar en el plano de la tónica y de la aplicación judicial del derecho en el caso concreto.

- Una crítica feminista del derecho, aplicada al caso, permite identificar en la sentencia:

a) La desigualdad estructural de condiciones que se presentó en el caso entre un líder ambientalista como Floresmilto Villalta, frente a una niña, campesina, pobre y semianalfabeta, que vivía y vive en un entorno de hombres como Jenny Guagua.

b) Las formas en que la sentencia discrimina a la víctima, en este caso la manifiesta invisibilización de la víctima, la insensibilidad de los jueces al género, y el velado doble parámetro de juzgamiento de las conductas de

99 Sobre el particular Ver: De Sousa Santos, B., *Sociología Jurídica Crítica*, Editorial Trotta, Madrid, 2009. pp. 30.

100 West, R. *Género y Teoría del Derecho*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.

Floresmiló y de la niña.

- Una aplicación feminista del derecho por su parte tendría en este caso una agenda importante y compleja:

a) Lo primero que habría que hacer sería visibilizar a la niña como coprotagonista de la tragedia, de tal manera que se pudiera considerar, además de las prerrogativas de la Asamblea y la efectivización de los derechos del ecologista, el reconocimiento de los derechos correlativos de Jenny Guagua;

b) y lo segundo sería eliminar el doble parámetro de juzgamiento generado por el sobredimensionamiento del ámbito público de la actividad de Villalta como defensor de los bosques, frente a la minusvaloración de su vida privada. En el nuevo juicio jurídico que habría que hacer al caso debería ponerse mucha atención a su contexto y vida privada, en los que es protagonista la niña víctima, para poder valorar en su conjunto al hombre Villalta.

- Hecho esto, el garantismo constitucional y la teoría de la argumentación jurídica nos permitirían hacer un ejercicio de ponderación adecuado entre los derechos de nuestros ahora dos protagonistas, y decidir jurídicamente sobre la pertinencia ya no de la amnistía, sino del indulto al ecologista.

• Si aplicamos la fórmula del peso¹⁰¹ al caso Villalta deberíamos, en primer lugar como lo hizo la Corte Constitucional, establecer la razonabilidad de la negativa de los jueces ordinarios a cumplir la Amnistía de la Asamblea, frente a la vigencia concreta del principio de intangibilidad del poder constituyente. El resultado de este ejercicio donde D1 es la negativa de los jueces y D2 la intangibilidad del poder constituyente, evidentemente reconoce que la majestad del poder constituyente rebaza lógica y matemáticamente con mucho cualquier razón jurídica, ética, o moral que pudieron tener los jueces para negarse a cumplir la orden de los asambleístas.

$$(1 * 1/4) \quad 0.25$$

$$PCD1/ D2 = \frac{\quad}{\quad} = \frac{\quad}{\quad}$$

101 La fórmula del peso se expresa matemáticamente de la siguiente manera:

$$(IAD1 * PAD1 * CAD1)$$

$$PCD1/ D2 = \frac{\quad}{(IAD2 * PAD2 * CAD2)}$$

Donde PC es el peso concreto de un derecho dado, IA es la importancia o grado de afectación concreta del derecho, PA peso abstracto o absoluto del derecho y CA representa el grado de certeza que puede llegar a tener el juez de la ocurrencia de la vulneración del derecho. Para cuantificar estos conceptos se construye una tabla de valores constantes. La importancia de la afectación se cuantifica así: una afectación leve correspondería a (1), una afectación media (2), y una afectación grave (4). En cuanto a la certeza de la afectación, los valores serían los siguientes: una duda grande (1/4), una certeza media o relativa (1/2) y una certeza profunda (1). En cuanto al valor abstracto en el caso ecuatoriano no aplica por cuanto el artículo 11 numeral 6 de la Constitución establece que tienen igual jerarquía.

$$(4 * 1) \quad 4$$

- La segunda operación implicaría medir el valor de la cosa juzgada en los juicios ordinarios (D1), frente a los derechos de libertad e igualdad ante la ley de Villalta (D2). El resultado de la aplicación de la fórmula del peso sería obviamente y específicamente ante las dudas razonables que existen sobre la autoría del delito, favorecer la libertad del condenado.

$$(2 * 1) \quad 2$$

$$PCD1/ D2 = \frac{\quad}{\quad} = \frac{\quad}{\quad}$$

$$(4 * 1) \quad 4$$

- Inmediatamente después habría que determinar el peso relativo de la decisión de la Asamblea en el caso Villalta (D1), frente a la garantía de los derechos a la verdad, a la vida digna y a la integridad física y síquica, así como del derecho de la adolescente a decidir libremente sobre su cuerpo (D2). La conclusión de la aplicación de la fórmula del peso en este caso nos daría como resultado un peso relativo mayor de los derechos de la niña respecto de la majestad formal del poder constituyente.

$$(4 * 1/2) \quad 2$$

$$PCD1/ D2 = \frac{\quad}{\quad} = \frac{\quad}{\quad}$$

$$(4 * 1) \quad 4$$

- La última operación tendría que medir la importancia relativa de los derechos de la adolescente (D1) respecto de la libertad, y a la igualdad formal ante la ley del ambientalista (D2). El resultado sería, por supuesto, reconocer la mayor importancia de los derechos de la niña, con lo cual se ordenaría al Estado, a través de las entidades competentes, la reparación integral de los daños, lo que en este caso más que una indemnización pecuniaria significaría asumir todo el complejo proceso de normalización y desvictimización de la niña.

$$(4 * 1) \quad 4$$

$$PCD1/ D2 = \frac{\quad}{\quad} = \frac{\quad}{\quad}$$

$$(2 * 1) \quad 2$$

- Adicionalmente, una mirada feminista del caso nos lleva a hacer una impugnación profunda de la potestad de otorgar amnistías a un órgano democrático, por más que sea en este caso el representante directo del poder constituyente, pues la justicia no ha sido nunca ni puede ser objeto de decisión

mayoritaria. Nunca se debe olvidar que el derecho y los derechos son una garantía institucional básica contra la dictadura de la mayoría.

- Finalmente, una mirada sistémica del proceso nos lleva a reconocer que tanto en la visión de Villalta, como en las decisiones jurídicas dadas por los tribunales ordinarios y los jueces constitucionales así como en las instancias de decisión política que tuvieron que ver con el caso, la conclusión es la misma y es profundamente desalentadora desde la perspectiva de género: la niña es un sujeto ausente.

- Esta ausencia nos lleva a preguntarnos: ¿qué ha sido y qué será de Jenny Guagua hoy que ya tiene, si creemos a Floresmilo Villalta, 19 años? La respuesta es desalentadora: Jenny sigue siendo un sujeto de derechos ausente. De lo que se sabe, hoy ha dejado de estar a merced de la voluntad de Villalta, ya no vive con él ni cerca de él, pero sigue en estado de tutelaje: está a merced de lo que digan su tío y la empresa. Vive en el predio Pambilar, en una casita de madera de propiedad de Botrosa, sin poder salir sola a ninguna parte, sin derecho a decidir sobre su propio cuerpo y su propia vida.

Bibliografía

La solicitud se tramitó ante el Alcalde Metropolitano de Quito, quien, de acuerdo con la legislación entonces vigente, era la autoridad competente para conocer de este tipo de garantías a favor de la libertad.

ALEXI, Roxana. La Formula del Peso. /En/ Teoría de la Argumentación Jurídica, CEPC, Madrid, 2008.

ARROYO, Roxana. Derechos Humanos y Violencia Sexual contra las mujeres, Corporación Promoción de la Mujer. Serie documentos Técnico Jurídicos, San José, Costa Rica, 2005.

Asamblea Constituyente Acta No. 27, 2008

CIDH Informe Anual 2006.

Corte Constitucional, Transcripción de la intervención del presidente de la Corte dentro de la causa No. 001-08- AN

DE SOUSA SANTOS, B., Sociología Jurídica Crítica. Editorial Trotta, Madrid, 2009.

ESCOBAR, C. Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional, /En/ AAVV. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2008.

FERRAJOLI, L. Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, L. Derechos y Garantías: la ley del más débil. Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, L. Garantías y Derecho penal. En Democracia y Garantismo, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

GUASTINI, R. Estudios de Teoría Constitucional, Ediciones Fontamara, 2001.

GUTIÉRREZ BELTRÁN, A. El bloque de Constitucionalidad Concepto y fundamentos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007.

Informe de la Relatora para los defensores de Derechos Humanos a la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, julio de 2002.

MCDOWELL L., La Definición de Género. /En/ Género Identidad y lugar, Ediciones Cátedra, Madrid, 1999.

Ministerio de Justicia Oficio NO. MJDH – 0462 – 08 de 18 de junio de 2008.

MONTAÑA, J. Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución Ecuatoriana de 2008, Corte Constitucional, Quito, 2009.

OLSEN, F. From False paternalism to False Equity: Judicial Assaults on feminist Community,

Michigan Law Review No. 84.

OLSEN, F., The family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform, Harvard Law Review No.96.

PRIETO SANCHÍS, L. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. /En/ Carbonell M. Neoconstitucionalismos, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

Registro Oficial No 45 de 23 de junio del 2005.

Secretaría General de Comunicación de la Presidencia de la República, BOLETÍN DE PRENSA SGC-B-1133, Quito, 06 de julio de 2007.

Transcripción de las entrevistas hechas a la menor Jenny Guagua y a su padre Simón Guagua en la radio 'La luna' los días 11 y 12 de enero de 2006.

Tribunal de Trabajo de Costa Rica Sección Tercera, Expediente 02 - 003173 - 0166 - LA

WEST, R. Género y Teoría del Derecho. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.

“5000 AÑOS¹⁰² O UN DÍA DESPUÉS... EL SUJETO AUSENTE SIGUEN SIENDO LAS MUJERES”.

POLÉMICA SOBRE LAS PAE

Dra. Roxana Arroyo¹⁰³

La anticoncepción de emergencia (AE), contracepción poscoital o contracepción preimplantacional, es una forma de anticoncepción que puede ser adoptada por la mujer después de haber tenido relaciones sexuales sin protección, o a causa del fracaso de un método para evitar un embarazo no deseado. La contracepción de emergencia no protege contra las infecciones de transmisión sexual. La eficacia en la reducción de embarazos no deseados con el uso de anticonceptivos de emergencia es, según la OMS, del 60 al 90%.¹⁰⁴

1. ANTECEDENTES

La polémica desatada alrededor del otorgamiento del Registro para la distribución de las pastillas de anticoncepción de emergencia (PEA) llega a su momento más álgido en el Ecuador, cuando el señor José Fernando Rosero Rhode interpone una acción de amparo constitucional ante el Juez Tercero de lo Civil de Guayaquil, en contra del Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquierda Pérez”, y del señor Ministro de Salud Pública, solicitando la suspensión definitiva del otorgamiento del Registro Sanitario para la comercialización y expendio de la pastilla denominada “pastilla del día siguiente”, con el argumento de que ésta, al ser utilizada en los tres subsecuentes días de una relación sexual no protegida, pone fin a un embarazo no deseado contra expresas disposiciones constitucionales y penales. Ante esto, el señor José Fernando Rosero Rhode solicita la suspensión mediata del registro sanitario que permite la legal distribución, comercialización y expendio de la pastilla POSTINOR 2. El ex Tribunal Constitucional concede la acción de amparo constitucional propuesta por el señor José Fernando Rosero Rhode, suspendiendo definitivamente la inscripción de medicamento.

Es evidente que el tema afecta directamente los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, pero ya estableceremos que este aspecto no constituye un asunto medular ya que en el razonamiento jurídico en el ámbito de la jurisprudencia está ausente la polémica que cuestiona si el método es o no es abortivo. En realidad está claro que la defensa de estos derechos se funda en uno de los cuestionamientos más profundos al sistema patriarcal, y

¹⁰² Coinciden muchas autoras en que al sistema patriarcal le ha tomado más de 5000 años de existencia llegar a lo que actualmente analizamos, estudiamos pero sobre todo vivimos las mujeres; para una mayor comprensión de este tema ver: LERNER, Gerda. La Creación del patriarcado. Editorial Crítica, Barcelona, 1990.

EISLER, Riane. El Caliz y la espada. La mujer como fuerza en la historia. Editorial Pax, México, 1997.

¹⁰³ Abogada feminista, investigadora, profesora y capacitadora en el tema Derechos Humanos de las Mujeres en la incorporación de la perspectiva de género en el sistema judicial; socia fundadora de Humanas Ecuador.

¹⁰⁴ Tomado en línea de: www.es.wikipedia.org, Enciclopedia Libre Wikipedia Español, en Anticonceptivo de Emergencia, página modificada por última vez el 27 sep. 2010, a las 02:50, texto disponible bajo la Licencia Creative Commons Reconocimiento Compartir Igual 3.0.

que en cierto sentido procura darles a las mujeres las condiciones para el ejercicio pleno de su ciudadanía, en la medida en que puedan ejercer su autonomía, que implica necesariamente dejar de ser para otros, ser cuerpo para otros y apropiarse de lo que producen¹⁰⁵.

Los derechos sexuales y reproductivos se convierten en requisito indispensable para obtener la autonomía de las mujeres, sin negar que la búsqueda de la igualdad, la no discriminación, y por supuesto la posibilidad de vivir una vida libre de violencia es parte del proceso de construcción de los derechos humanos de las mujeres, y que estos deben apuntar necesariamente a la erradicación de los múltiples mecanismos y formas de dependencia vital de las mujeres, desarrollados a través de los tiempos por el Estado y por la sociedad en general. Uno de estos mecanismos ha sido el poder ejercido sobre el cuerpo de la mujer. Como lo plantea Pateman, el contrato sexual sobre el que descansa el contrato social implica que las mujeres fueron pactadas fraternalmente por los varones, y que dicho pacto las aparta de los derechos civiles y políticos y las confina al territorio de lo doméstico, lo que garantiza su subordinación y el derecho del hombre sobre ellas¹⁰⁶.

En este contexto histórico y a pesar de su importancia, el tema de los derechos sexuales reproductivos es muy reciente, pues no fue sino hasta 1994 — durante la conferencia internacional de población y desarrollo, celebrada en el Cairo— que se reconoció a nivel internacional el ejercicio de la sexualidad antes y después del matrimonio¹⁰⁷.

El debate en el Cairo fue interesante porque evidenció que después de veinte años de políticas de población y desarrollo no se lograron los resultados esperados, principalmente porque prevalecía la concepción de la sexualidad centrada en la reproducción, que ponía en relieve las concepciones morales subyacentes en las políticas públicas. Dichas políticas estaban dirigidas principalmente a aquellas personas que actuaban en un marco de conyugalidad. El debate en el Cairo logró aportar una visión diferente al respecto.

En esta conferencia se señala al Estado como responsable de la educación sexual de los jóvenes, lo que implica sacarla del ámbito de lo privado, lugar privilegiado para el estatus de los valores existentes, y colocarla en el ámbito de lo público. Asimismo establece que el derecho a la salud incluye el derecho a la salud reproductiva definida como:

“Un estado general de bienestar físico, mental y social, y no mera ausencia de

105 LAGARDE, Marcela. Claves feministas para el poderío y la autonomía de las mujeres, Memoria, Puntos de Encuentro. Managua, Nicaragua, 1998.

3. LAGARDE, Marcela. Claves feministas para la negociación en el amor, Memoria. Puntos de Encuentro. Managua, Nicaragua, 2001.

106 PATEMAN, Carole. El contrato sexual. Editorial Anthropos, México, 1995.

107 CAREAGA PEREZ, Gloria. “Bases éticas de los derechos sexuales y reproductivos” /En/ Seminario sobre salud reproductiva y participación social, género, sexualidad y derechos sexuales y reproductivos. Libro de memoria 2. Universidad Autónoma de Yucatán, México, 2001.

enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procreación, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y de la mujer a obtener información; el derecho a planificar la familia de su elección; el acceso a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables; el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos, y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”¹⁰⁸.

Posteriormente, durante la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, se retoma el tema en el apartado mujer y salud, en donde se incluye la salud sexual como parte de la salud reproductiva, y se afirma que “los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a controlar las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libremente respecto de estas cuestiones sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre en torno a las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual” (96).¹⁰⁹

Estas dos conferencias, podríamos decir, son el antecedente del debate sobre los derechos sexuales y reproductivos en la comunidad internacional, sin olvidar que en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena 1993¹¹⁰, la comunidad internacional asume la obligación de promover, proteger y garantizar los derechos humanos de las mujeres, y por supuesto los derechos sexuales y reproductivos, ya que es imposible hablar de derechos humanos sin hacer mención de estos.

A¹¹¹ manera de resumen podríamos mencionar los principales aportes de los derechos sexuales y reproductivos en la conceptualización de los derechos humanos:

1. La separación tajante que se plantea entre la concepción de los derechos sexuales y reproductivos de su exclusiva vinculación con la procreación, permite ahondar en el proceso de recuperación de la dignidad como persona y por supuesto, como sujeto de derechos, que permita ejercer su ciudadanía plena a la mujer.

2. Este planteamiento conlleva a una crítica profunda de la limitada

108 Programa de acción del Cairo, par 7.3

109 ONU. Declaración de Beijing Plataforma de acción. A/CONF.177/20. 17 de octubre de 1995.

110 ONU. Declaración y programa de acción de Viena. Doc. A/CONF.157/23.

111 ARROYO VARGAS, Roxana. “Derechos Humanos de las mujeres en América Latina: un camino para la transformación cultural”. /En/ Pensamiento Jurídico Feminista. Deconstruir el derecho, repensar el mundo. No 3. Año3, San José, Costa Rica, junio, 2007.

interpretación de los derechos humanos, e implica una lectura más exigente e integral de los mismos.

3. Asimismo visualiza la dificultad de reconocimiento de la sexualidad y reproducción como asuntos de carácter privado, para llevarla al campo del interés público, en donde el Estado está obligado a intervenir respetando a las mujeres como sujetos autónomos.

4. Les da un nuevo significado a la sexualidad y a la reproducción al contemplarlos como derechos humanos y al tratarlos como tales. En este sentido las mujeres deben estar libres de toda coerción, discriminación y violencia en el reconocimiento, goce y ejercicio de los mismos.

5. Plantea la posibilidad del ejercicio del derecho de la sexualidad y la reproducción desde un parámetro no androcéntrico, que repercuta en la posibilidad de que las mujeres sean tratadas como ciudadanas plenas, con capacidad para decidir sobre su propia vida. La consecución de este derecho¹¹² involucra otros sujetos y espacios sociales, y al quehacer estatal.

6. Ubica la necesidad de lucha y apropiación de estos derechos para todas las mujeres y hombres, y no como una demanda exclusiva de grupos discriminados por su opción sexual diferente a la heterosexualidad.

7. Plantea la obligatoriedad de incorporar estos derechos a las políticas públicas siguiendo los lineamientos adoptados en las conferencias mundiales por la comunidad internacional.

La polémica que se desata en los medios¹¹³ evidencia los diferentes actores/as, en especial la Iglesia y sus distintos representantes y la sociedad civil —en donde se alzan las voces de las mujeres y organizaciones— en una interpretación jurídica y del derecho altamente impactada por conceptos morales y religiosos, más que por datos científicos que podrían responder a la pregunta de si las pastillas PEA son abortivos o anticonceptivos; y, dentro de esta lógica, si las mismas atentan contra la vida humana o no. Paradójicamente, el debate ni siquiera aborda el derecho a decidir de las mujeres, los derechos sexuales y reproductivos y el afianzamiento de la autonomía de las mujeres, lo que muestra que estos siguen siendo derechos colaterales y no sustanciales a las interpretaciones jurídicas y a la jurisprudencia.

112 SAYAVEDRA HERRERÍAS, Gloria. "Género, poderío y salud. /En/ Ser mujer ¿un riesgo para la salud? Del malestar y la enfermedad al poderío y la salud. México, 1997.

113 Idea tomada en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de medios, en Noticias en los medios / Boletín de monitoreo, Ecuador.

2. DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES ELEMENTOS DE LA SENTENCIA CASO ECUADOR¹¹⁴

“El subtexto de género”

Los argumentos utilizados para fundamentar el caso que da origen al fallo No 0014-2005-RA giran alrededor de varios tópicos y preguntas implícitas en el texto:

En primer lugar se señala la existencia de un vacío legal debido a la no existencia de una norma que estipule cuándo se considera concebido un feto. Al respecto la legislación ecuatoriana establece que se es persona sujeta de derechos exclusivamente a partir del nacimiento. El cuestionamiento principal versa en torno a la fecundación versus la concepción. El segundo aspecto importante que se considera es que, a pesar de este vacío, el código penal ecuatoriano tipifica el aborto y lo utiliza como argumento importante para la parte que interpone el amparo, al aducir que la pastilla es abortiva. Al mismo tiempo se refiere a los supuestos efectos de la PAE estableciendo una relación causa y efecto, al señalar que atenta contra los preceptos constitucionales, en especial contra la vida. A partir de esta constatación la sentencia afirma que la pastilla es abortiva de un óvulo fecundado, y por lo tanto, atenta contra la seguridad jurídica del derecho a la vida, nacer, crecer y elegir, del nonato.

Un paralelismo un poco forzado, ¿delito de aborto = PAE?

Agrega además, como tercer elemento, que atenta contra la moral al facilitar la irresponsabilidad “de los actos que deben ser producto del amor y no producto de la ocasión y del momento”.

Al orientar el análisis en este sentido salta a la vista una conclusión forzada en torno al tema: PAE = irresponsabilidad y promiscuidad.

El fundamento jurídico del recurso viene dado por el artículo 95 de la Constitución Política, que tutela los derechos y libertades de las personas contra actos ilegítimos de autoridad pública. Asimismo, el artículo 49 de la Constitución Política protege la vida desde la concepción a la niñez y a la adolescencia. En este mismo orden, destaca que el Código de la Niñez y la Adolescencia refuerza este tipo de razonamiento, y además prohíbe las manipulaciones y experimentos médicos y genéticos desde la fecundación del óvulo.

Los derechos y sujetos conculcados: los no natos, la Iglesia, los medios, los hombres. Las ausentes en este debate siguen siendo las mujeres. ¿Puede hablarse de derecho a la vida ante la flagrante ausencia del derecho a decidir, sin autonomía ni derechos sexuales y reproductivos?

114 Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias: Tribunal Constitucional Ecuador. Derechos Sexuales y Reproductivos, No 0014-2005-RA, Ecuador.

La Sala frente este vacío normativo se inclina por alegar duda razonable a favor del no nacido, en tanto y en cuanto dice que “pese a estar consciente del debate científico y social no se puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del ovulo”. Extrañamente el principio *in dubio pro homine*¹¹⁵ que plantea que en caso de duda se debe favorecer a la persona, lleva a los jueces constitucionales a fallar a favor del no nacido. Para la Sala esta interpretación responde a un análisis sistémico de la Constitución, en especial porque le da sentido al artículo 16 de la Constitución Política que dice: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”.

Un nuevo imperativo categórico: “La duda razonable se convierte en un *in dubio pro nato*”

Un cuarto aspecto pone de relieve que muy colateralmente se hace referencia a los derechos sexuales y reproductivos y a la libertad individual de las mujeres —quienes, indudablemente, son el sujeto ausente en toda esta argumentación—. En este razonamiento de la Sala no se hace referencia al hecho de que el principio *in dubio pro homine* no se aplique a favor de las mujeres, obviando —por lo tanto— no tomar en cuenta a la persona situada¹¹⁶ (concreta) y las implicaciones que esto tendría sobre el derecho a decidir, la autonomía de la voluntad de las mujeres y sus derechos sexuales y reproductivos, sino que sencillamente se acepta que la pastilla del día después podría ser abortiva.

Un subtexto de género legitimado desde el derecho. ¿Interpretación sistémica versus interpretación exegética¹¹⁷ del derecho a la vida y el/la titular del mismo?

Un quinto aspecto interesante a mencionar aborda la controversia sobre quién tiene la legitimación activa y, por supuesto, en este caso se trata de un interés difuso ya que según el razonamiento de la Sala se debe entender que el amparo se interpuso para proteger el derecho a la vida, y se debe entender

115 MATA TOBAR, Víctor. Diccionario de los Derechos Humanos Internacionales. San Salvador, El Salvador, 2008.

Pro homini: principio interpretativo de los derechos humanos que plantea que en caso de duda sobre aplicación de una norma debe preferirse aquella que sea más favorable a la persona, y que sus derechos deben interpretarse extensivamente, mientras que las prohibiciones o limitaciones, restrictivamente.

Este principio se origina en la consideración establecida en muchos tratados y declaraciones de derechos humanos, especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”. (OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 52).

116 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos fundamentales. Teoría general. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

117 La escuela exegética de interpretación jurídica acuñaba como suyas algunas características:

1. El culto al texto legal siendo el juez mero aplicador del derecho, su labor es mecánica. 2. La interpretación de la ley está fundada en la intención o voluntad del legislador. 3. Sólo las normas creadas por el Estado son normas jurídicas. Esta forma de abordar el quehacer judicial niega que los/as operadores/as de justicia realizan una labor valorativa y creadora, y que se ven impactados por la cultura y por lo tanto por la ideologías existentes como la sexista.

Al respecto ver: VILLANUEVA FLORES, Rocío. Notas sobre la interpretación jurídica. /En/ Caminando hacia la Igualdad Real. (módulos). Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del delito. Programa, Mujer, Justicia, Género. San José, Costa Rica, 1997

no como una afectación individual al demandante, “sino como una afectación al grupo de seres humanos no nacidos y no cuantificables que se ven amenazados por el consumo del producto”. En este sentido se da como un hecho, ni siquiera como duda razonable, que la pastilla afecta el derecho a la vida, y que por lo tanto, afecta al artículo 23 numeral 1 de la Constitución Política, que plantea que el derecho a la vida es un derecho general, lo que justifica que es un derecho no solo individualmente garantizado, sino garantizado a los seres humanos como colectividad. Bajo estas argumentaciones se interpreta que los no nacidos son seres humanos, y por tanto sujetos de derechos.

2.1. Coincidencias en el abordaje jurídico

“El no nato y sus derechos natos”

Caso Perú¹¹⁸

En la línea de la argumentación que plantea que ante cualquier duda debe prevalecer el derecho a la vida, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano confirma este criterio en la sentencia Exp. No2005-2009-PA/TC. En este caso la ONG “Acción de lucha anticorrupción” interpone un recurso en contra de la distribución en el ámbito público de la PAE, lo cual se considera una acción fundada. El Ministerio de Salud presenta una solicitud de aclaración porque existía una acción previa de cumplimiento contra el Ministerio de Salud. El Tribunal confirma su criterio aclarando que, en primer lugar, un proceso de amparo y una acción de cumplimiento son de distinta naturaleza, y que en el marco del proceso de amparo se ha decidido en torno a lo que ha sido materia de debate ponderando informes y posiciones de carácter científico, y que es ante la incertidumbre generada por la información que proporcionaron ambas partes que se ha llevado a privilegiar el valor supremo de la vida. En segundo lugar, en relación con los alcances de la cosa juzgada, la acción de cumplimiento anteriormente presentada tuvo como finalidad el cumplimiento de una norma, mientras que el proceso de amparo tiene como objeto salvaguardar el derecho a la vida. De acuerdo con ello se declara improcedente la aclaración de la sentencia solicitada.

Caso Argentina¹¹⁹

La Asociación Civil Portal de Belén promovió acción de amparo contra el Ministerio de Salud, a fin de que se prohíba al laboratorio Gabor la fabricación y comercialización de la píldora anticonceptiva de emergencia —cuyo nombre comercial era “Imediat”— por entender que tenía efectos abortivos. El juez de primera instancia hizo lugar al pedido, el Estado apeló y la Cámara falló a

118 Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias, Tribunal Constitucional Perú. Derechos Sexuales y Reproductivos, de Exp. No 2005-2009-PA/TC, Ecuador.

119 Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Derechos sexuales y reproductivos, en DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. Buenos Aries, 24 de abril de 2001.

favor de este último. El fallo fue apelado ante la Corte Suprema. En un fallo dividido, se resolvió impedir la fabricación y comercialización del fármaco “Inmediat” por entenderlo contrario al derecho a la vida.

Caso Chile¹²⁰

Un grupo de diputados presenta un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, relativo a la constitucionalidad del Decreto 48 de 2007, que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, concretamente por el efecto abortivo que tendría la anticoncepción de emergencia, violatoria del derecho a la vida. El Tribunal Constitucional determina que el embrión o nasciturus es persona desde el momento de la concepción. Dado que existe una duda razonable sobre el efecto de la anticoncepción de emergencia y sobre el derecho a la vida del embrión, declara inconstitucional las partes de las Normas Nacionales que se refieren a ésta forma de anticoncepción.

3. DERECHO COMPARADO

3.1 El sujeto ausente como punto de partida nos lleva a un punto de llegada nuevo

Caso Colombia

Es importante señalar que en casos parecidos se da dado un resultado diferente si se pondera el sujeto ausente —que es la mujer—, en el caso de una duda razonable. En la resolución del año 2000, el IMVIMA concedió a PROFAMILIA el registro sanitario para la importación y venta del producto POSTINOR 2 por el término de 10 años. La Corte¹²¹ estudió el carácter abortivo del precitado medicamento, tal como lo adujo el actor del proceso. Al analizar los elementos de juicio del proceso y la información autorizada que se obtuvo sobre el medicamento, se avalaron los fundamentos fácticos de la resolución acusada, y no se encontraron objeciones, en especial sobre el carácter anticonceptivo del POSTINOR 2, pues no se le atribuye calidad de abortivo al no aparecer demostrada la vulneración del derecho a la vida.

Del estudio que realiza la Sala se infiere que el POSTINOR 2, en razón de su principio activo, es un anticonceptivo por tener la posibilidad de prevenir la fecundación del óvulo en la mayoría de los casos (por lo menos en el 75%) en que es suministrado dentro de las 72 horas siguientes al coito sin protección, en dosis de dos (2) píldoras de una vez, o con intervalo de 12 horas cada una. Que el efecto preventivo resulta de la acción negativa o retardante que tiene su principio activo sobre la migración o ascenso del espermatozoide en el

120 Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias: Tribunal Constitucional Chile. Derechos sexuales y reproductivos, en Requerimiento de Diputados para la declaratoria de inconstitucionalidad de “todo o en parte” del Decreto Supremo Reglamento No 48 del Ministerio de Salud, que aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.

121 Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias: Consejo de Estado, Colombia. Derechos Sexuales y Reproductivos, en Acción de Nulidad Sala Contencioso Administrativo, sección Primera .No 2002-0025.

útero, dificultando su encuentro con el óvulo cuando ya ha habido ovulación; así como retardando la ovulación cuando ésta no ha tenido lugar en el momento del coito, hasta más allá del tiempo que puede sobrevivir el espermatozoide en el ambiente uterino. Que producida la fecundación su principio activo no tiene capacidad de incidir directamente en el óvulo fecundado, y después de la anidación o fijación de éste en el endometrio tampoco causa efecto alguno sobre esa anidación, o lo que es igual sobre el embarazo, ni sobre el feto.

En cuanto al derecho a la vida, se establece que éste tiene sentido en relación a personas naturales, es decir, sujetos concretos y no la vida en abstracto.

4. LECTURA CRÍTICA

El subtexto de género de la sentencia

Es evidente que los razonamientos jurídicos se centran en la necesidad de esclarecer si los PAE son abortivos o no, sin entrar en consideraciones sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, ni las consecuencias de un embarazo no deseado para sus vidas. Esta primera omisión centra la discusión sobre el derecho a la vida desde una óptica sesgada.

Al surgir una duda razonable, los operadores/as jurídicos/as en muchos de los casos analizados se quedan con la información hasta el momento aportada, y no se observa que busquen otros criterios que permitan proveer mejor el caso, lo que sería más consecuente con una práctica judicial adecuada en razón de existir aspectos dudosos en este caso, relacionados especialmente con el derecho a la vida.

Extrañamente en el caso Ecuador no se aportan criterios como los vertidos por la Organización Mundial de la Salud, que al respecto indica lo siguiente:

La Organización Mundial de la Salud (OMS o WHO) tiene catalogado al levonorgestrel en dosis doble de 0.75 mg o únicas de 1.5 mgs. Como ANTICONCEPTIVO DE EMERGENCIA (AE)¹²².

Así se observa, por ejemplo, en el Boletín Informativo de Planificación Familiar de octubre de 2005 donde consta que “Se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel previenen la ovulación, y no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero), o en los niveles de progesterona, cuando son administradas después de la ovulación”, y advierte que las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y que, por lo tanto, no provocarán un aborto.

122 Tomado en línea de: www.humanas.org.co, en Observatorio de sentencias, Colombia, en Acción de Nulidad Sala Contencioso Administrativo, sección Primera. No 2002-0025. Otras referencias: Organización Panamericana de la Salud. Anticoncepción de Emergencia en las Américas. Hoja informativa del Programa Mujer, Salud y Desarrollo, OPS.

En realidad no se puede establecer una causa directa entre las PAE y la afirmación de que supuestamente estas evitan el embarazo por interferencia post-fertilización. De ser esto factible, la duda razonable debería no tomar en cuenta exclusivamente los intereses difusos de los no natos, sino analizar los intereses concretos de las personas situadas, o sea, las mujeres y su derecho a decidir por el principio de “indubio promujer”, que debería aplicarse frente a la duda.

La interpretación jurídica debería integrar los preceptos constitucionales y los derechos humanos,¹²³ más aún si están en juego los derechos sexuales y reproductivos. Debería además ponderar el derecho a la vida y relacionarlo directamente con las mujeres y con su libertad de decisión como un derecho; sin embargo, contrario a esto, el Tribunal hace caso omiso al no valorar algunos aspectos relevantes, lo que evidencia que el sujeto ausente en el razonamiento jurídico son las mujeres.

1. El derecho a la salud entraña¹²⁴ la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esto lleva implícito el derecho del hombre y de la mujer a obtener información para llevar a cabo la planificación de la familia de su elección.

2. Es necesario recordar las obligaciones que ha adquirido el Estado Ecuatoriano al ratificar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en especial las adquiridas en la esfera de la salud reproductiva según lo amplía el Comité en la Recomendación General 24 sobre la mujer y la salud, la cual cumple la función de referente doctrinario para la interpretación jurídica.

3. El tribunal obvia las Observaciones finales que el Comité hiciera al Estado Ecuatoriano entre las que se expresa:

“...aunque existe un Plan Nacional para la Educación Sexual y el Amor, no se aplica consecuentemente y es limitada la divulgación de los derechos de atención de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, que contribuya a crear conciencia en las mujeres y en los hombres sobre sus derechos y responsabilidades en el proceso reproductivo. Le preocupa también al Comité la alta tasa de embarazos y abortos adolescentes, y en particular en las zonas rurales”¹²⁵. Obstaculizar el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos puede resultar en una forma de discriminación, al

123 ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Los Principios de Aplicación de los Derechos”. /En/ Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano. Fundación Regional de Asesoría en derechos Humanos (INREDH). Serie Investigaciones No14, 2009, Ecuador.

124 FACIO, Alda. Asegurando el futuro. Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos reproductivos. UNFPA, 2003.

125 Ecuador. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Informe sobre el quincuagésimo octavo período de sesiones No. 38 (A/58/38), 2002 /En/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. La actuación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), Tomo I, San, José, Costa Rica, 2008.

impedir el avance en pos del logro de la igualdad sustantiva. En este sentido, las sentencias que no integren el principio de igualdad sustantiva y el derecho a vivir una vida libre de violencia serían un claro obstáculo para el ejercicio de estos derechos¹²⁶.

4. La negación del derecho al derecho a la información y del derecho a elegir podría constituirse en una forma de violencia contemplada en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

5. La violencia de género en sus diversas formas además de constituir una violación directa del derecho a la vida, la dignidad y la integridad corporal, muchas veces también es una violación de los derechos reproductivos de las mujeres, puesto que repercute en su salud y autonomía sexual y reproductiva, aunque no incurra en tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. La violencia sexual viola los derechos reproductivos de las mujeres, en particular sus derechos a la integridad corporal y al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva. Es por esto que la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer establece en sus informes que algunas formas de violencia contra la mujer dan lugar a violaciones de sus derechos reproductivos, ya que ponen en peligro su capacidad reproductiva. Asimismo el Comité de la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer afirma que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

6. En relación con el derecho a la vida, se obvia lo que a nivel internacional varios Comités han señalado, que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer, cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna. También es obvio que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con la capacidad de decidir cuándo y con quién tener relaciones sexuales. El Comité de la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer afirma que el derecho a la autonomía reproductiva es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales la mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

7. Otro aspecto colateral pero no por eso menos importante es el derecho a la intimidad, que forma parte del derecho de toda mujer a decidir libremente

126 Al respecto ver:

ARROYO VARGAS, Roxana. "Reflexiones críticas sobre el principio de igualdad". /En/ Revista Pensamiento Jurídico Feminista. De construir el derecho, repensar el mundo. N2, Año 1, San José, Costa Rica, Marzo, 2006.

ARROYO VARGAS, Roxana. "Violencia estructural de género: una categoría necesaria de análisis para los derechos humanos de las mujeres". /En/ Revista Pensamiento Jurídico Feminista. De construir el derecho, repensar el mundo. N1, Año 1, San José, Costa Rica, Marzo, 2004.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro; Salgado Judith; Valladares Lola. El género en el derecho. Ensayos críticos. Autores/as varios. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neo constitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia y derechos Humanos. Quito, Ecuador, 2009.

y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas. Este derecho es violado cuando el Estado o los particulares interfieren en el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. El Comité de Derechos Humanos del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos ha establecido la conexión entre este derecho y el derecho a la igualdad, estableciendo que el derecho a la igualdad puede verse seriamente afectado cuando los Estados no respetan el ejercicio del derecho a la intimidad de la mujer, y cuando se imponen obstáculos que limitan la toma de decisiones de las mujeres con respecto a sus funciones reproductivas.

8. Por último, en esta línea de los argumentos omitidos se encuentra el Derecho a la no discriminación en la esfera de la vida y la salud reproductiva. Este derecho es uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer lo define negativamente al establecer que la discriminación es (artículo 1) “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera”.

9. El¹²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación General No14: El Derecho al disfrute más alto posible de salud (artículo 12) (22 periodos de sesiones 2000) establece la necesidad de eliminar todo tipo de discriminación en el área de la salud, y de manera particular en el acceso a servicios, lo cual implica la eliminación de barreras que impiden que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en el área de salud sexual y reproductiva. Igualmente lo afirma el Comité de la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

10. Exige que los Estados se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud.

11. La Constitución Política Ecuatoriana contempla un núcleo importante de derechos humanos que, conjuntamente con el marco internacional de los derechos humanos de las mujeres, proporcionaría los fundamentos necesarios para realizar una interpretación jurídica más sistémica, que permitiría que una duda razonable en este caso de estudio favoreciera a las mujeres, visibilizándolas como sujetos de derechos siempre en referencia a sus derechos sexuales y reproductivos y su autonomía reproductiva, evitando así el subtexto sexista que subyace en la sentencia¹²⁸.

¹²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general No14: El Derecho al Derechos Humanos. La actuación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) Tomo II. San José, Costa Rica: IIDH, 2008.

¹²⁸ FRIÉS, Lorena y Alda Facio. “Feminismo, Género y Patriarcado”. /En/ En Género y Derecho... Editoras Fríes, Lorena y Alda Facio. Colección Contraseña. Estudios de Género. Serie Casandra. La Morada, LOM, American University, ILANUD.

5. A MANERA DE REFLEXIONES FINALES

¿Bastará la nueva Constitución para el cambio en la mentalidad y cultura jurídica?

Es indudable que la nueva Constitución Política del Ecuador se coloca en la avanzada en América Latina en lo referente a la construcción de un nuevo paradigma del constitucionalismo, y en lo relativo a la incorporación de los derechos humanos reconocidos en la doctrina y los instrumentos internacionales. Establece esta constitución un Estado constitucional que se fundamenta en el derecho y la justicia social, por supuesto que es democrático y soberano, consecuentemente independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, donde se garantiza que los seres vivientes y humanos sean el centro y, por lo tanto, uno de los aspectos más importantes es el principio del Buen Vivir.

De lo anterior se desprende un Estado garantista el Buen Vivir y esto se concretiza entre otras cosas en un amplio catálogo de derechos humanos y de principios, que permitirán una interpretación jurídica apegada al marco ético-jurídico de los derechos humanos, en tanto y en cuanto todos los operados/as de justicia tienen la responsabilidad del control constitucional y, por supuesto, de los derechos humanos.

En otras palabras, la mesa está servida. La pregunta es cómo vienen los comensales de la cultura jurídica, si pensamos que el fenómeno jurídico se compone de tres componentes¹²⁹: el componente formal normativo, es decir, la norma agendi, la promulgada o formalmente generada ya sea por ley constitucional, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas; otro, el componente estructural, o sea, la interpretación que le dan todos/as los funcionarios/as que administran justicia a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo; y el político cultural de esta normativa, que es el contenido y el significado que se le va dando por medio de la doctrina, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimientos que se tenga.

Desde esta perspectiva, sobre el fenómeno jurídico se desprende que aunque exista esta constitución de avanzada, si la cultura jurídica y la mentalidad son las mismas, los cambios se pueden dar muy lentamente o no darse. En tal caso sigue siendo una cuestión de justicia y de obligaciones del Estado (debida diligencia) más allá de la retórica, que el sujeto mujeres debe integrarse al principio del Buen Vivir. La pregunta sigue siendo válida: ¿con esta mesa servida el fallo sería diferente? ¿Se argumentarían los derechos del sujeto situado y concreto: las mujeres versus todos los derechos de la niñez y de la adolescencia, cuando la duda razonable nos dice que estas píldoras no son abortivas? ¿A quién se aplicaría? ¿Se favorecería la vida de las mujeres? Sin

129 FACIO, Alda. Cuando el Genero Suena Cambios Trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género. San José, Costa Rica, 1999.

lugar a dudas la interpretación extensiva sería a favor de ellas, evitando la restricción o prohibición al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Para contestar las preguntas tomemos en cuenta que la Constitución actual garantiza, entre otros derechos, el derecho a la igualdad. La no discriminación por razón de sexo es un principio fundante de la Constitución actual (artículos 11.2, 66.4), además de garantizar la igualdad formal, garantiza la igualdad material y la no discriminación.

El derecho de libertad contempla los derechos sexuales y reproductivos en sus artículos 66.9, 66.10, 32, que establecen entre otros aspectos el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación; el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener; al respecto existe fundamentación jurídica.

Adelantando criterio, como nos dice Norberto Bobbio, “que el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no era el de fundamentarlos, sino el de protegerlos”, en la constitución ecuatoriana los derechos humanos están fundamentados, el problema está en garantizarlos.

“El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico, y en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”¹³⁰.

Desde nuestra perspectiva, la protección no solo incluye tener los mecanismos adecuados en el sistema jurídico, sino que está vinculado estrechamente al componente estructural, o sea, la interpretación que los/os operadores/as de justicia le den; no basta con que la Constitución cambie si no se da un cambio en la cultura jurídica, y esta transformación no será producto de generación espontánea, se requerirá de acción dirigidas para transformar el componente estructural.

La Constitución abona parcialmente “ese largo camino hacia la igualdad” para las mujeres y la sociedad Ecuatoriana, lo claro es que si no se abordan otros aspectos fundamentales la sentencia sería igual... una apología al sujeto ausente.

130 BOBBIO, Norberto. El tiempo de los Derechos. Editorial Sistema. Madrid, 1991. BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad. Ediciones Paidós. Barcelona, España, 1993.

Bibliografía

Libros

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Los Principios de Aplicación de los Derechos” /En/ Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano. Fundación Regional de Asesoría en derechos Humanos (INREDH). Serie Investigaciones No14, 2009, Ecuador.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro; Salgado, Judith; Valladares, Lola (et al). El género en el derecho. Ensayos críticos. Autores/as varios. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia y derechos Humanos. Quito, Ecuador 2009.

BOBBIO, Norberto. El tiempo de los Derechos. Editorial Sistema. Madrid 1991.

BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad. Ediciones Paidós. Barcelona. España 1993.

CAREAGA Pérez, Gloria. “Bases éticas de los derechos sexuales y reproductivos” /En/ Seminario sobre salud reproductiva y participación social, género, sexualidad y derechos sexuales y reproductivos. Libro de memoria 2. Universidad Autónoma de Yucatán, México, 2001.

CAREAGA Pérez, Gloria. Figueroa Juan G. Mejía María C. (Comp.). Ética y Salud Reproductiva. Colección Ciencias Sociales. Estudios de Género. México, 1998.

EISLER, Riane. El Caliz y la Espada. La mujer como fuerza en la historia. Editorial Pax, México, 1997.

FACIO, Alda. Asegurando el futuro. Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos reproductivos. UNFPA. 2003.

FACIO, Alda. Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género. San José, Costa Rica, 1999.

FRÍES, Lorena y Alda Facio. “Feminismo, Género y Patriarcado”. /En/ Género y Derecho..., Editoras Fríes, Lorena y Alda Facio. Colección Contraseña. Estudios de Género. Serie Casandra. La Morada, LOM, American University, ILANUD.

LAGARDE, Marcela. Claves feministas para el poderío y la autonomía de las mujeres, Memoria, Puntos de Encuentro, Managua, Nicaragua, 1998.

LAGARDE, Marcela. Claves feministas para la negociación en el amor, Memoria. Puntos de Encuentro, Managua, Nicaragua, 2001.

LENER, Gerda. La Creación del patriarcado. Editorial Crítica, Barcelona, 1990.

MATA Tobar, Víctor. Diccionario de los Derechos Humanos Internacionales. San Salvador, El Salvador, 2008.

PATEMAN, Carole. El contrato sexual. Editorial Anthropos, México, 1995.

PECES-BARBA Martínez, Gregorio. Curso de Derechos fundamentales. Teoría general. Universidad

Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

SAYAVEDRA Herrerías, Gloria. "Género, poderío y salud". /En/ Ser mujer ¿un riesgo para la salud? del malestar y enfermedad al poderío y la salud. México, 1997. Derechos Humanos. Lima, 2002.

Informes y Declaraciones

ONU. Declaración de Beijing Plataforma de acción. A/CONF.177/20. 17 de octubre de 1995.

ONU. Declaración y programa de acción de Viena. Doc. A/CONF.157/23.

Organización Panamericana de la Salud. Anticoncepción de Emergencia en las Américas. Hoja informativa del Programa Mujer, Salud y Desarrollo. OPS.

Programa de acción del Cairo.

Informes Especiales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derechos Sexuales y Reproductivos. PROFAMILIA. Colombia, 2001.

Informes Anuales De la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991-2000. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derechos Sexuales y Reproductivos. PROFAMILIA. Colombia, 2001.

El sistema. La Comisión- Documentos Básicos-Resoluciones-Enlaces. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derechos Sexuales y Reproductivos. PROFAMILIA. Colombia, 2001.

Revistas y Módulos

ARROYO Vargas, Roxana. Derechos Humanos de las mujeres en América Latina: un camino para la transformación cultural. /En/ Pensamiento Jurídico Feminista. Deconstruir el derecho, repensar el mundo. No 3. Año 3, San José, Costa Rica, junio 2007.

ARROYO Vargas, Roxana. Reflexiones críticas sobre el principio de igualdad. /En/ Revista Pensamiento Jurídico Feminista. De construir el derecho, repensar el mundo. N2, Año 1, San José, Costa Rica, marzo, 2006.

ARROYO Vargas, Roxana. Violencia estructural de género: una categoría necesaria de análisis para los derechos humanos de las mujeres. /En/ Revista Pensamiento Jurídico Feminista. De construir el derecho, repensar el mundo. N1, Año 1, San José, Costa Rica, marzo, 2004.

VILLANUEVA Flores, Rocío. Notas sobre la interpretación jurídica. /En/ Caminando hacia la Igualdad Real. (Módulos), Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del delito. Programa, Mujer, Justicia, Género. San José, Costa Rica, 1997.

Casos-sentencias

Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias: Tribunal Constitucional Ecuador. Derechos Sexuales y Reproductivos, No 0014-2005-RA, Ecuador.

Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias: Tribunal Constitucional Perú. Derechos Sexuales y Reproductivos, de Exp. No 2005-2009-PA/TC, Ecuador.

Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Derechos sexuales y reproductivos, en DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. Buenos Aires, 24 de abril de 2001.

Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias: Tribunal Constitucional Chile. Derechos sexuales y reproductivos, en Requerimiento de Diputados para la declaratoria de inconstitucionalidad de “todo o en parte” del Decreto Supremo Reglamento No 48 del Ministerio de Salud, que aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.

Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias: Consejo de Estado, Colombia. Derechos Sexuales y Reproductivos, en Acción de Nulidad Sala Contencioso Administrativo, sección Primera. No 2002-0025.

Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de sentencias: Colombia, en Acción de Nulidad Sala Contencioso Administrativo, sección Primera. No 2002-0025.

Casos Individuales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derechos Sexuales y Reproductivos. PROFAMILIA. Colombia, 2001.

Comités

Ecuador. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Informe sobre el quincuagésimo octavo período de sesiones No 38 (A/58/38), 2002/ En/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. La actuación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) Tomo I, San, José, Costa Rica, 2008.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general No14: El Derecho a los Derechos Humanos. La actuación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) Tomo II. San José, Costa Rica: IIDH, 2008.

Legislación Internacional y Nacional

CONAMU. Constitución de la República del Ecuador 2008. “Derechos de las Mujeres”. Ecuador, 2008.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de los Derechos del Niño.

Convención Americana.

Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Internet

Tomado en línea de: www.es.wikipedia.org, Enciclopedia Libre Wikipedia Español, en Anticonceptivo de Emergencia, página modificada por última vez el 27 sep. 2010, a las 02:50, texto disponible bajo la Licencia Creative Commons Reconocimiento Compartir Igual 3.0

“EL LARGO CAMINO HACIA LA IGUALDAD... UN PARADIGMA EN CONSTRUCCIÓN PARA LAS MUJERES”

IGUALDAD SUSTANTIVA VS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS PATRIARCALES

Dra. Roxana Arroyo Vargas

1. INTRODUCCIÓN

Las exclusiones de las mujeres en el ámbito de la participación política evidencian una clara discriminación y la violencia ejercida por el sistema patriarcal, y son parte consustancial de una cultura política con rasgos eminentemente sexistas.

Es claro que el largo camino hacia la igualdad para las mujeres está enmarcado por las discriminaciones; la historia demuestra los grandes obstáculos que se han tenido que enfrentar en el ejercicio del derecho a la participación y representación política, y a la ciudadanía plena¹³¹.

Basta mirar las cifras actuales en cuanto infrarrepresentación¹³² de las mujeres en los puestos de decisión, para darnos cuenta de la equifonía¹³³ que en este ámbito existe (la posibilidad de emitir una voz que sea escuchada y considerada como portadora de significados, goce y credibilidad).

La invisibilización en el ejercicio del poder real de las mujeres es innegable, no obstante su aporte político y su visibilización en la sociedad. Recordemos, por ejemplo, que a pesar de la participación de las mujeres Francesas en los clubes femeninos¹³⁴, y a la Declaración de los Derechos de las Mujeres¹³⁵ y de la Ciudadanía, éstas no gozaron del mismo reconocimiento ni se les otorgó la ciudadanía, pero fueron ellas quienes sentaron en su momento las bases para el debate necesario sobre la igualdad y su resignificación.

Lo anterior nos lleva a poner en relieve la tensión entre la presencia y la lucha de las mujeres en diferentes momentos históricos por lograr su igualdad en el ámbito de la participación política (como lo evidencia el movimiento sufragista), y los grandes obstáculos que la sociedad dispone para impedir este reconocimiento. En realidad, en muchas circunstancias no se logra avanzar más allá de una igualdad formal que, por supuesto, no llega a dar respuesta a

131 BAREIRO, Lina y TORRES, Isabel. “Participación política igualitaria de las mujeres: deber ser de las democracias” /En/ IIDH. Igualdad para una democracia incluyente. San José, Costa Rica, 2009.

132 SOTO, Liliam. “Cuotas y sistemas electorales en América Latina” /en/ IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.

133 SANTA CRUZ, Marita. Notas para el concepto de igualdad. Isegoría 6, 1992.

134 ALONSO, Isabel. BELINCHÓN, Mila (Prólogo). Cuaderno de Quejas y otros textos. 1788-1793. La voz de las Mujeres en la Revolución Francesa. Horas y Horas Editorial, 1989.

135 La Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana fue un texto redactado en 1791 por Olympe de Gouges (titulado en francés Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne), parafraseando la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, el texto fundamental de la revolución francesa (26 de agosto de 1789). Es uno de los primeros documentos históricos que propone la emancipación femenina en el sentido de la igualdad de derechos o la equiparación jurídica y legal de las mujeres en relación a los varones.

la constante invisibilización total o parcial de las mujeres como sujetos políticos.

Es así como el sexo se va constituyendo en un dato relevante, utilizado para excluir, disminuir y anular los derechos de participación y representación, al tiempo que se instaura en esta lógica del poder androcéntrico, legitimada en la cultura política.

Es importante tener presente que el logro del derecho al voto femenino se constituyó en un antecedente de lucha para las mujeres y la sociedad, pero a pesar de este avance la realidad evidencia una gran exclusión de las mujeres a nivel de la representación en los puestos de decisión. Esto conlleva necesariamente al cuestionamiento de los mecanismos existentes y de los estándares de participación femenina, y a afirmar, de cierto modo, que si no se transforman estas condiciones se seguirá a la sombra de la posibilidad del ejercicio del poder.

En cuanto a este cuestionamiento crítico de los mecanismos sexistas, es innegable el aporte que el movimiento feminista y de mujeres ha hecho. El feminismo ha generado debates, doctrina y prácticas políticas que han coadyuvado a la resignificación del principio de igualdad. Podemos afirmar que en el escenario de la cultura política se empieza la reflexión sobre la paridad a partir de la colaboración de las mujeres para que la sociedad, los Estados y la Comunidad Internacional aceptaran la igualdad sustantiva, y a raíz de los resultados de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer 1979. Todo esto instauró la discusión sobre las acciones afirmativas, y fue logrando la formulación de las cuotas máximas y mínimas de representación política.

Las sentencias en estudio en el presente artículo (No. 002-09-SEP-CC, dentro del caso 0111-09-EP, y la No. 005-09-SEP-CC dentro del caso: 0112-09-EP), que fueron objeto de sustanciación por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, han sido analizadas porque revelan las concepciones e interpretaciones sobre los derechos fundamentales relacionados con la participación política y los alcances de las cuotas, y la igualdad sustantiva vs la igualdad considerada solo formal; al tiempo que evidencian las prácticas del sistema político ecuatoriano y de su sistema de justicia, y la presencia de fenómenos políticos y sociales relativamente novedosos.

2. Derechos políticos de las mujeres y el principio de igualdad y no discriminación

2.1 Igualdad formal

Para una adecuada comprensión del derecho a la representación, participación y su relación con las cuotas y la paridad, es necesario reflexionar sobre la igualdad y sus diferentes dimensiones. Es por esto que al referirnos a la

igualdad formal, o igualdad ante la ley, respondemos al imperativo de que todas las personas sean tratadas por igual (aunque en algunos casos esto no sea suficiente para avanzar hacia la eliminación del sexismo), siempre y cuando estas normas no se elaboren alrededor de los cuerpos y patrones de vida de los hombres, que exigen estándares no alcanzables para las mujeres al ser diferentes por razones anatómicas y socioculturales. En estos casos no es suficiente el trato igualitario ante las leyes.

“La justicia para las mujeres sigue siendo un objetivo a lograr, y es improbable que se consiga a través de la igualdad formal, porque la forma en la que la sociedad está estructurada es el resultado de una historia en la que las mujeres estaban legalmente subordinadas, y en la cual se daba por supuesto que su papel natural era prestar servicios sexuales y domésticos (incluyendo la importante tarea social de cuidar a los hijos/as) a cambio de una seguridad económica que implicaba depender de los hombres”¹³⁶.

Por ejemplo, las estructuras partidarias y los mecanismos de participación y representación están diseñados a partir del modelo del ciudadano varón, y no toman en cuenta la doble jornada que la mayoría de las mujeres realizan. Es así como las normas y políticas están estructuradas sobre patrones y experiencias masculinas.

2.2 Igualdad real

En otros casos, es necesario el análisis desde la igualdad real o material. Esto consiste en analizar las condiciones de las personas y colocarlas en situaciones materiales de igualdad para lograr un resultado justo, lo cual requiere muchas veces un trato diferente. Se busca, por ejemplo, promover la adopción de acciones afirmativas para nivelar las desigualdades históricas. Esta es, en muchos casos, la única manera de dar a las mujeres igualdad de oportunidades, y es importante destacar que no sólo alivia las desventajas del pasado, sino que remedia la manera en que los estereotipos y otros tipos de normas masculinas crean desventajas para ellas¹³⁷.

Lo que se intenta con esto es proveer el trato y las condiciones concretas que cada quien necesita para satisfacer sus necesidades singulares o atender sus reclamos especiales. Para el ejercicio de la igualdad es imperiosa la contextualización de las necesidades, de modo que se responda a las diferencias, experiencias y condiciones de vida particulares; por ejemplo, tomar las medidas necesarias para que las mujeres puedan gozar y ejercer sus derechos políticos en sociedades pensadas desde el paradigma masculino.

Hace parte de la igualdad real la necesaria valoración de las diferencias, que pretende tomarlas en cuenta y asumirlas no para oprimir y subordinar, sino para

136 OKIN MOLLER, Susan: “Liberalismo, Política, Justicia y Género”. /En/ Perspectivas feministas en teoría política, Paidós Estado y Sociedad, Editorial PAIDÓS, Barcelona, España, 1994, pág. 146.

137 WILLIAMS, Joan: “Igualdad sin discriminación”. /En/ Género y Derecho, Colección Contraseña, Serie Casandra, Chile, 1999, pp. 75-99.

potenciar y propiciar el desarrollo personal. Este planteamiento critica el enfoque de la igualdad sin partir de la diversidad, ya que considera que este concepto necesariamente implica un término de comparación¹³⁸, lo cual no garantiza la liberación de la opresión de las mujeres puesto que si su explotación está basada en la diferencia sexual, es sólo sobre esta diferencia sexual que se puede resolver dicha discriminación. Lo imperativo es la definición de los valores de la pertenencia a un género y que estos resulten aceptables para cada uno de los sexos, lo cual también exige proporcionar las condiciones necesarias para que esas diferencias se mantengan y se desarrollen¹³⁹.

“La igualdad entre hombres y mujeres no puede hacerse realidad sin un pensamiento del género, en tanto que sexuado; sin una inclusión de los derechos y deberes de cada sexo considerado como diferente en los derechos y deberes sociales. Los pueblos se dividen continuamente en rivalidades tan secundarias como sangrientas, sin percibir que su primera e irreductible división es la de los dos géneros. Desde este punto de vista, nos encontramos aún en la infancia de la cultura”¹⁴⁰.

2.3 Igualdad en la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

Desde los nuevos planteamientos éticos-jurídicos que sustentan los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos de las mujeres, la CEDAW se fundamenta en un concepto de igualdad que conjuga la igualdad formal, la real y la valoración de las diferencias que nos llevarán necesariamente a la igualdad de resultados. La convención define la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil y en cualquier otra” (Artículo 1).

Esta definición tiene una triple importancia: a) establece que una ley o política discrimina si su resultado es discriminatorio, aun cuando tenga la intención de favorecer; b) define lo que legalmente se debe entender por discriminación contra la mujer; c) declara discriminatoria toda restricción basada en el sexo, que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. A partir de esta concepción, las restricciones que

138 RIVERA GARRETAS, María- Milagro. Nombrar el mundo en femenino, Pensamiento de las mujeres y teoría feminista, Editorial ICARIA, Barcelona, España, 1994, pp. 179-228.

139 JAGGAR, Alison M. “Ética feminista: Algunos temas para los años noventa”. /En/ Perspectivas feministas en teoría política, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994, pp. 167-184.

OKIN MOLLER, Susan. “Desigualdad de género y diferencias culturales”. /En/ Perspectivas feministas en teoría política, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994, pp. 185- 206.

RIVERA Milagros M. “Partir de sí”. /En/ El Viejo Topo, número 73, marzo, Madrid, España, 1994.

140 IRIGARAY, Luce. Yo, tú, nosotras, Ediciones Cátedra Universitat de Valencia Instituto de la Mujer, Madrid, España, 1992, pp. 10-11.

sufrimos las mujeres no sólo en la esfera pública, sino en el campo cultural y doméstico, deben conceptuarse como discriminatorias.

El principio de la igualdad de la persona humana se expresa a través de principios y normas de segundo orden, como el de no discriminación. Es así como la igualdad se fundamenta y se explicita en un espectro muy amplio de normas internacionales y del orden interno de los Estados. Por esta razón, la igualdad y la no discriminación se encuentran en disposiciones separadas y se aplican a diferentes categorías de derechos. Según O' Donnell, el principio de igualdad abarca un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y las libertades consagradas en el derecho internacional, porque "se extiende a todo derecho reconocido por la legislación interna"¹⁴¹.

La Convención de la CEDAW y su Comité, se refieren a este tema en los Arts. 7 y 8 al establecer el derecho a participar de la vida pública y política de un país:

- Elegida y ser elegida, formulación de políticas, ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas, en ONGs que se ocupen de la vida pública y política.
- Representar al gobierno en el plano internacional y en organismos internacionales.

La Recomendación 23 del Comité de la CEDAW establece el alcance de los derechos referidos a la participación de las mujeres en igualdad con los hombres:

- Establece la obligación de fijar medidas temporales para incentivar la participación y el acceso de las mujeres a los cargos de mayor relevancia o prestigio.
- La necesidad de incorporar una perspectiva de género en los distintos ámbitos de la vida nacional e internacional.
- Promueve el equilibrio entre hombres y mujeres en cargos públicos

"Del examen de los informes de los Estados Partes se pone de manifiesto que la mujer está excluida del desempeño de altos cargos en el gobierno, la administración pública, la judicatura y los sistemas judiciales. Pocas veces se nombra a mujeres para desempeñar estos cargos superiores o de influencia y, en tanto que su número tal vez aumente en algunos países a nivel inferior y en cargos que suelen guardar relación con el hogar y la familia, constituyen una reducida minoría en los cargos que entrañan la adopción de decisiones relacionadas con la política o el desarrollo económico, la defensa, las misiones de mantenimiento de la paz, la solución de conflictos y la interpretación y determinación de normas constitucionales"¹⁴².

141 O'DONNELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos, Editorial Comisión Andina de Juristas, Lima 1988, p. 376.

142 CEDAW. Recomendación 23. Vida Política y Pública. 13/01/97. 16 periodos de sesiones. Párrafo 30.

Asimismo otros Pactos y Comités se refieren a estos derechos, como el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos 1966 y el Comité de Derechos Humanos. El Art. 25 refiere el derecho a participar de la vida pública y política del país:

Participación en la dirección de asuntos públicos, ya sea directamente o a través de los representantes libremente elegidos.

Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto.

Tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas del país.

En la Observación General No. 28 del Comité, este se refiere a la necesidad de adopción de medidas eficaces y positivas, incluidas las medidas de discriminación inversa, y la obligación de presentar estadísticas que den cuenta de la situación de las mujeres en los poderes legislativos, judicial y de la administración pública¹⁴³.

En el sistema interamericano también se cuenta con un desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial que fundamenta el derecho a la participación política de las mujeres. Es importante mencionar que el principio de igualdad y no discriminación es parte fundamental del sistema interamericano y de todos sus instrumentos internacionales, entre estos la Convención Americana y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁴⁴. En materia de la participación política, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer¹⁴⁵ establece la relación entre discriminación y violencia¹⁴⁶, y analiza cómo esto constituye un obstáculo para la igualdad. Podríamos decir que el derecho a vivir una vida libre de violencia y sin discriminaciones implica la posibilidad de contar con espacios libres de violencia, para que las mujeres puedan ejercer plenamente el derecho a la participación, a la representación política y a la ciudadanía plena.

143 Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos en relación al Art. 25 del PIDCP.

144 Declaración Americana dispone en el artículo II que "[t]odas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de sexo. Artículo 3 (I) de la Carta de la Organización establece, como principio básico, que: "Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo". El artículo 1 de la Convención Americana establece la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar todos los derechos y libertades reconocidos en el tratado, sin discriminación por razones de sexo, entre otras.

145 Art. 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Art. 5. Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

146 Art.6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

2.4 La recomendación 25 del Comité de la CEDAW cuotas y sistemas electorales

La recomendación 25¹⁴⁷ precisa aun más el concepto y alcance de las medidas especiales de carácter temporal, al destacar que El Comité considera que estrictamente un enfoque jurídico o programático puramente formal no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre (igualdad sustantiva). De las obligaciones que se desprenden de la Convención está que las mujeres tengan las mismas oportunidades desde el primer momento, y que dispongan de un entorno que les permita conseguir la igualdad de resultados.

La recomendación general enfatiza que las medidas especiales son un medio para hacer realidad la igualdad sustantiva o de facto de la mujer, y no una excepción. Las normas de no discriminación e igualdad, que tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito, y que de ninguna manera deben ser consideradas como medidas cuyo objetivo es discriminar a los hombres, recuerdan que existe la obligación por parte de los Estados de adoptar y aplicar todas las medidas apropiadas para erradicar la discriminación y así lograr la igualdad sustantiva.

De igual manera, llama la atención a los Estados acerca del hecho de que el establecimiento de condiciones generales que garantizan los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña, y que tienen como objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación, NO pueden ser llamadas Medidas Especiales de carácter temporal.

Estas medidas pueden ser de diferente índole o naturaleza, como instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria (programas de divulgación o apoyo; asignación o reasignación de recursos; trato preferencial; determinación de metas o materia de contratación y promoción; sistemas de cuotas entre otras), y pueden ser aplicadas por la administración pública en la educación, en la economía, política, empleo, en los créditos y préstamos, en el deporte, en la cultura, en el esparcimiento, en la divulgación de conocimientos jurídicos, en la representación a nivel internacional y en la participación en organizaciones internacionales.

Es importante tener en claro que las medidas están destinadas a alcanzar un objetivo específico, y que las mismas se suspenden cuando los resultados deseados se han alcanzado y mantenido durante un período de tiempo determinado. Esta duración se determina teniendo en cuenta el resultado

147 En su 20° período de sesiones (1999), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer decidió, en virtud del artículo 21 de la Convención, elaborar una recomendación general sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Esta nueva recomendación general complementaria, entre otras cosas, recomendaciones generales previas, incluidas la recomendación general No. 5 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre medidas especiales de carácter temporal, la No. 8 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención y la No. 23 (16° período de sesiones, 1997) sobre la mujer y la vida pública, así como informes de los Estados Partes en la Convención y las observaciones finales formuladas por el Comité en relación con esos informes.

funcional de las medidas para los fines de la solución de un problema concreto, y no estableciendo un plazo en función de otros objetivos o metas.

En América Latina se da como experiencia que el mecanismo de las cuotas adquiere obligatoriedad por ley, debido a que antes de la aprobación de la Ley del Cupo Femenino en Argentina, en 1991, no se registra que otro país del mundo contara con este mecanismo en sus legislaciones. En otros casos, en nuestro continente las cuotas fueron incorporadas a las legislaciones electorales o se promulgaron inicialmente leyes de igualdad real o social de las mujeres, lo que condujo a un retraso en su incorporación a la normativa electoral. Estas medidas se caracterizaron por su diversidad marcada no solo por los porcentajes establecidos, sino por su relación con los sistemas electorales, conformación de las listas y posibles sanciones en caso de su incumplimiento.

“(…) que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cuotas, para hacer que progrese la integración de la mujer en la educación, la economía, la política y el empleo¹⁴⁸”.

2.5 Democracia paritaria¹⁴⁹

La democracia paritaria y la paridad va más allá de una cuota sustantiva que permita mayor representatividad de las mujeres; es un paso cualitativo en la incorporación de la diversidad sexual a las democracias y una profundización de la igualdad sustantiva y el principio de no discriminación, entendido desde la diversidad. Se pretende, por lo tanto, en el proceso de la universalización de la participación política aportar al cambio paradigmático de la cultura política patriarcal, al menos en el tema de la representación.

La paridad sexual como categoría surge de la Cumbre realizada en Atenas, en el marco del Programa de Acción para la Igualdad de Oportunidades del Consejo Europeo de Ministros, donde se aprueba la Declaración de Atenas¹⁵⁰.

Lo interesante es la línea argumentativa que se plantea. Primero, que la igualdad formal y real entre hombres y mujeres es un derecho fundamental del ser humano. Segundo, que las mujeres representan más de la mitad de la población, por lo tanto las democracias exigen la paridad en representación y en la administración de las naciones. Tercero, que las mujeres representan la mitad de las inteligencias y capacidades potenciales de la humanidad y su infrarrepresentación en los puestos de decisión constituye una pérdida para el conjunto de la humanidad. Cuarto, destaca que una participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones puede generar ideas, valores

148 COMITÉ DE LA CEDAW. Recomendación No5. Séptima sesión, 1988.

149 ARROYO VARGAS, Roxana. “Derechos Humanos de las mujeres y la Democracia Paritaria” /En/ revista Olimpia. Comisión Interinstitucional y Civil de seguimiento e incidencia. Sobre los derechos Políticos de las Mujeres. Diciembre de 2006, Numero 4, INAMU, San José, Costa Rica.

150 Atenas 3 de noviembre de 1993.

y comportamientos diferentes que vayan en la dirección de un mundo más justo y equilibrado. La infrarrepresentación de las mujeres en los puestos de decisión impide asumir las necesidades del conjunto de la sociedad. Quinto, se proclama la necesidad de alcanzar un reparto más equilibrado de los poderes públicos y políticos y por lo tanto, la necesaria igualdad de participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones públicas y políticas¹⁵¹.

Esta forma de abordar la democracia se fundamenta en la igualdad e implica necesariamente cambios en el quehacer del Estado en todos sus ámbitos, incluyendo lo referente al poder local y a las políticas públicas.

En este sentido, los diferentes poderes del Estado deben garantizar la erradicación de la infrarrepresentación de las mujeres en los puestos de decisión, para lograr un reparto más equilibrado de los poderes públicos y políticos y poder avanzar en el logro de una ciudadanía plena y una democracia realmente inclusiva.

Este marco ético-jurídico construido históricamente, debe orientar el quehacer del Estado, pues es el único que puede integrar a las mujeres como sujetos sociales y políticos plenos; cuestiona y aporta al concepto de democracia y ciudadanía, en este aspecto la normativa, las políticas públicas y la interpretación jurídica son el medio de garantizar y profundizar los derechos políticos y civiles de las mujeres.

En el ámbito de los derechos humanos de las mujeres, la ciudadanía implica un espacio libre de discriminaciones y violencia, cuyo ejercicio no se limita exclusivamente a una visión jurídica, sino a la construcción de condiciones para el ejercicio de la autonomía de las mujeres, partiendo de la diversidad existente.

Esta autonomía tiene que ver, entre otros factores, con la posibilidad de que sus aspiraciones y planes de vida se concreten en el derecho a decidir sobre sus vidas, sus condiciones y todos aquellos asuntos que le atañen como miembro de una comunidad. Se trata de crear las condiciones materiales y espirituales que permitan que las mujeres sean consideradas sujetos individuales con participación social.

Es por esto que la Democracia es fundamental para lograr este ejercicio de la ciudadanía, en tanto que la ciudadanía conlleva un vínculo con la democracia, pues a partir de ésta se logra o no la igualdad de los seres humanos y el respeto a las diferencias.

Desde esta visión se rompen las concepciones reduccionistas existentes sobre la democracia, que la limitan al ejercicio del sufragio para clasificar a un determinado sistema como una democracia representativa.

151 SEVILLA MERINO, Julia. Mujeres y ciudadanía. La democracia Paritaria. Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Universitat de València, 2004.

Este quehacer del Estado coadyuva a la construcción de democracias paritarias, en donde el poder político esté repartido paritariamente entre hombres y mujeres¹⁵².

El concepto de democracia tendrá significación real y dinámica, además de un efecto perdurable, sólo cuando hombres y mujeres compartan la adopción de decisiones políticas y cuando los intereses de ambos se tengan en cuenta por igual.¹⁵³

3. DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES ELEMENTOS DE LA SENTENCIA CASO ECUADOR¹⁵⁴

La representante del Partido Renovación Institucional Acción Nacional PRIAN, Mady Elena Gallardo Cadena, interpuso acción extraordinaria de protección en cuanto el Tribunal Contencioso Electoral sentenció que no procedían las listas presentadas para autoridades de elección popular del cantón Tosagua, confirmando las resoluciones emitidas por la Junta Electoral de Manabí¹⁵⁵. La Corte Constitucional, valorando el incumplimiento de la paridad entre mujeres y hombres en la elaboración de listas, criterio del Tribunal Contencioso Electoral, no acogió la petición de Acción Extraordinaria de Protección.

Los argumentos utilizados por el sujeto activo y pasivo giran alrededor de varios tópicos:

Participación política vs Derechos de las mujeres

Basado en el artículo 95 CP¹⁵⁶ Mady Elena Gallardo, Directora Provincial del Partido Renovador Institucional, Acción Nacional PRIAN en Manabí, denominada como el sujeto activo, por la Corte Constitucional, pide la revocatoria de las sentencias establecidas por el Tribunal Contencioso Electoral que determinaron que las listas electorales de candidatos para concejales urbanos del cantón Tosagua, y concejales rurales del cantón Paján,

152 AMORÓS, Celia. Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernismo, Madrid, Cátedra col. Feminismo, 1997.

153 CEDAW. Recomendación 23. Vida Política y Pública. 13/01/97. 16 periodos de sesiones.

154 Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de medios, En sentencias: Tribunal Constitucional Ecuador. Participación y acceso a puestos de decisión, de sentencias No. 002-09-SEP-CC dentro del caso: 0111-09-EP, Ecuador.

155 Descripción del caso: En virtud de la convocatoria a elecciones generales para autoridades de elección popular hecha por el Consejo Nacional Electoral, el PRIAN procedió a inscribir, entre otras candidaturas, las de concejales rurales del cantón Paján y las de concejales urbanos del cantón Tosagua. Caso N° 0111-09-EP. Previa calificación, el 12 de febrero del 2009 la Junta Electoral Provincial de Manabí otorgó plazo de 24 horas para que en la nómina de suplentes se reformaran las listas considerando los principios de alternabilidad y paridad de género. La Junta Electoral Provincial de Manabí consideró que los cambios se hicieron dentro de los plazos respectivos aunque de forma incorrecta, por lo que el 17 de febrero del 2009 mediante resoluciones N.° 023-C-JPEM y 023-E-JPEM, niega las inscripciones de los respectivos candidatos.

156 CONAMU. Constitución Política de la República del Ecuador 2008. "Derechos de las Mujeres", Transformando la vida de las mujeres, 2008.

Art 95. Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público, es un derecho que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

provincia de Manabí (Caso: 0111-09-EP), y las listas de candidatos a concejales rurales del cantón Portoviejo, provincia de Manabí (Caso 0112-09-EP), no hayan podido ser inscritas en virtud de que no observaron ni respetaron los criterios de alterabilidad y paridad de género en la conformación de las listas electorales respectivamente.

4. IGUALDAD SUSTANTIVA VS FORMALISMO

El sujeto activo considera que el Tribunal Contencioso Electoral viola el derecho fundamental de elegir y ser elegido, conforme consta en el Art. 61¹⁵⁷ de la Constitución vigente, así como el hecho de que no puede sacrificarse la justicia por la sola omisión de formalidades, conforme consta en el Art. 169¹⁵⁸ de la Constitución, por lo tanto, el orden establecido para la paridad, alternabilidad y secuencialidad hombre-mujer o viceversa es un asunto de forma más que de fondo, y que el hecho de que el Tribunal Contencioso Electoral finalmente determinara que este partido político no pudiera presentar las listas electorales respectivas, violenta su legítimo derecho constitucional a elegir y ser elegido, de ahí su pedido de acción extraordinaria de protección a la Corte Constitucional.

4.1 Igualdad sustantiva = alternabilidad, secuencialidad, paridad

Los argumentos del tribunal el Electoral son tres: a) Confirma el criterio de la obligatoriedad de los principios de paridad, alternabilidad y secuencialidad. b) Establece y reclama la jurisdicción electoral para sí y desconoce la jurisdicción que tendría la Corte Constitucional en esta disputa. c) Argumenta, además, que ha resuelto los recursos contenciosos electorales de forma oportuna, y que el aceptar la acción interpuesta por la accionante interferiría negativamente en el proceso electoral, ya que las papeletas electorales se encuentran impresas, e inclusive se está embalando y entregando el material contentivo del kit electoral.

5. COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS EN EL ABORDAJE JURÍDICO

Corte Constitucional (periodo de transición) y Tribunal Contencioso Electoral¹⁵⁹

Representación política con apellidos = alternabilidad, paridad, secuencialidad

La Corte Constitucional establece que: “la decisión del Tribunal Contencioso Electoral de ratificar la resolución No. 023-B-JPME, emitida por la Junta Provincial Electoral de Manabí con fecha 17 de febrero de 2009, por medio de la cual no se califica, sino que se rechaza la lista de candidatos a concejales

157 Bis. Art. 6. Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 1. Elegir y ser elegidos.

158 Bis. Art. 169. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades.

159 Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de medios, En Sentencias Tribunal Constitucional Ecuador. Derechos a participación y acceso a puestos de decisión, de sentencia No. 005-09-SEP-CC, dentro del caso: 0112-09-EP, Ecuador.

rurales del cantón Portoviejo presentados por el PRIAN, por no cumplir con el requisito de equidad de género, no puede ser considerada, bajo ninguna óptica, como una grave vulneración a los derechos fundamentales a la participación política” (Caso 0112-09-EP). En consecuencia, la Corte Constitucional considera que “en el presente caso no se observa la violación de derechos fundamentales que ameriten la apertura de la cosa juzgada y, por consiguiente, la desconfiguración del sistema de justicia contencioso electoral” (Caso 0112-09-EP).

Esto lo fundamenta en que los derechos de ser electo y elegir, y de participación, tienen relación con la política formal y sustancial. En este sentido es importante determinar los mecanismos que son utilizados. Según la concepción de Estado Democrático Ecuatoriano, uno de los requisitos que debe estar garantizado para ocupar cargos de elección popular es la paridad y alternabilidad en la elaboración de las listas.

6. DERECHO POLÍTICO VS ALTERNABILIDAD Y PARIDAD

La Corte Constitucional para la transición afirma que la alternabilidad y la paridad no son requisitos meramente formales, sino principios Constitucionales (Ver artículos 61.7 y 116)¹⁶⁰, y actúan como componentes sustanciales del sistema político. La Corte, además, hace mención de las desiguales condiciones históricas de las cuales han sido objeto las mujeres, y del imperativo de que éstas accedan en igualdad de condiciones a la representación política, ante lo cual los principios que rigen la elaboración de las listas pasan de ser algo formal a ser principios que generan condiciones razonables y objetivas para que la igualdad sustantiva se logre.

El principio de alteridad en la lista, entendido como la necesaria secuencia alternada entre hombres y mujeres, mujeres y hombres, conlleva al resultado de igual número de hombres y mujeres en la paridad.

En cuanto a los alegatos de supuesta discriminación con el fallo, la Corte Constitucional considera que: “la actuación de los entes electorales no discrimina, bajo ninguna circunstancia, a los representados por el accionante, pues, por el contrario, en ejercicio de acciones afirmativas que promuevan la igualdad real entre hombres y mujeres que aspiran a ocupar cargos públicos de representación política, es necesario que las listas estén construidas de tal forma que las mujeres alcancen efectivamente una función de representación, y es precisamente aquello lo que el accionante incumplió al presentar las listas para concejales”. (Caso: 0111-09-EP).

160 Bis. Art. 61 Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos :

7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en sus méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.

Art. 116. Para las elecciones pluripersonales la Ley establecerá un sistema electoral conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres, y determinará las circunscripciones electorales dentro y fuera del país.

7. DERECHOS FUNDAMENTALES... ¿COMPETENCIA DE QUIÉN?

El Tribunal Electoral considera que no es de competencia de la Corte Constitucional revisar los fallos emitidos por este Tribunal; la Corte Constitucional considera que “el Estado de Derecho establecía, entre sus caracteres esenciales, la juridicidad, el control y la responsabilidad, con el fin de que la actuación del poder público fuera enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, y así poder precautelar los derechos de los particulares de los posibles abusos y excesos del poder; y que en caso de que esto ocurriera, el particular podría activar los mecanismos establecidos en la ley para obtener su efectiva reparación”.

Partiendo de este razonamiento, podemos ver que la Corte Constitucional se aleja del criterio del Tribunal Electoral y establece que en un Estado Constitucional de derecho y justicia social como el ecuatoriano, no debe existir función del Estado que no esté sometida a control, y esa es la razón del conjunto de garantías que contempla la Constitución.

Además, la competencia de la Corte es clara en su artículo 429 CP¹⁶¹, en este sentido es importante la reafirmación de que los derechos de participación (derechos políticos) son considerados derechos fundamentales, por lo tanto son constitucionalizados y justiciabilizados. Lo que viene a reafirmar el criterio de que los principios relacionados con este derecho fundamental no tienen carácter de meras formalidades, y mucho menos pueden considerarse derechos discrecionales por parte de las autoridades, más aun cuando se relacionan con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

8. DEBIDO PROCESO VS LISTAS DE CANDIDATOS/AS

Sobre el debido proceso, la Corte considera que no se contravino el artículo 169¹⁶², ya que el ente Electoral tiene la potestad de aceptar o no la listas, especialmente si estas no vienen formuladas respetando los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal establecidos en la Constitución Política, de modo tal que garanticen el derecho fundamental de la participación política pese a haber recibido las indicaciones y de haber dispuesto del tiempo para que se remediaron los errores.

En consecuencia, en ambos casos la sentencia de la Corte Constitucional fue la misma: negar la acción extraordinaria de protección, ratificando de esta manera la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral. Hay una sinergia entre ambas instituciones a la hora de interpretar las normas vigentes, excepto en el tema de la competencia.

161 Bis. Art. 429 la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce su jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

162 Bis. Art. 169. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades.

9. A MANERA DE REFLEXIONES FINALES

No todos los caminos nos llevan a la resignificación y expansión del principio de igualdad

“El subtexto de género”

La Corte Constitucional para la Transición coincide con el Tribunal Electoral, no solo por la sinergia en la interpretación, sino porque ambos carecen de profundización a través de sus hilos argumentativos y de interpretación, en lo concerniente al principio de igualdad sustantiva, a sus alcances y su relación con la nueva Constitución Política y, por supuesto, con los derechos humanos.

Ambas coinciden en una mención muy tímida de las desigualdades históricas sufridas por las mujeres sin llegar a establecer la relación de esta situación con los alcances del principio de igualdad por resultado, y su estrecha vinculación con las acciones afirmativas para lograr erradicar las discriminaciones.

La Corte Constitucional se centra en responder tres preguntas, y se conforma en mencionar principios que se encuentran en la constitución de una manera formal, pero no logra una expansión interpretativa de los alcances de la misma; el desarrollo más profundo lo hace en relación a su competencia para ver asuntos relacionados con derechos humanos. En realidad la disputa por la competencia resulta más importante que la igualdad real, y por ende, el resultado es una sentencia que favorece, pero no logra abrir camino sentando un precedente en esta materia de la jurisprudencia.

Es evidente, como ya mencionamos, que los razonamientos jurídicos están encaminados a contestar las tres preguntas: 1) ¿Se respetó el debido proceso durante la inscripción de las listas para concejales rurales del cantón Paján y urbanos del cantón Pedernales? 2) ¿La decisión del Tribunal Contencioso Electoral de negar la inscripción de las listas de candidatos, violó el derecho constitucional de participación política y de elegir y ser elegidos? 3) ¿Tiene la Corte Constitucional potestad para conocer resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral, en las cuales presuntamente se hayan violado derechos fundamentales?

9.1 Lo que no se dice pero se supone... El subtexto no mencionado, los derechos humanos de las mujeres

A pesar de que la sentencia es favorable, la interpretación jurídica, y por tanto el texto, no hace explícitos los criterios, la doctrina y la jurisprudencia que sobre esta materia encontramos en las observaciones y recomendaciones generales del Comité de la CEDAW, ni del Comité de los Derechos Humanos; pero también está en armonía con la doctrina y casos¹⁶³ del Sistema

163 María Merciadri vs Argentina (Caso 11.307, informe no.102/99 y no. 103/01). Janet Espinoza feria y otras vs. Perú

Interamericano, que establece “que este sistema no recoge no solo la noción formal de igualdad limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir el trato irrazonable, caprichoso o arbitrario, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren de la adopción de medidas especiales de equiparación”¹⁶⁴.

La Constitución ecuatoriana está orientada a fortalecer un Estado garantista del Buen Vivir, y esto se concretiza, entre otras cosas, en un amplio catálogo de derechos humanos y de principios que coadyuvan para facilitar una interpretación jurídica que permita la expansión y la resignificación de los derechos de las mujeres, algo que la Corte no logra integrar en sus argumentaciones.

La sentencia carece de una lectura sistémica de la Constitución, en donde el derecho¹⁶⁵ a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo es un principio fundante (Ver artículos 11.2, 66.4)¹⁶⁶ y, por lo tanto, debería ser un eje transversal en la interpretación jurídica que hace la Corte.

La indivisibilidad e integridad son principios de los derechos humanos que no se mencionan en la argumentación de la sentencia, puesto que no se comprende que el derecho a la representación política requiere de la conjugación de varios principios como la alternabilidad, la paridad y la secuencialidad, y que el resultado de esto favorece la igualdad material para las mujeres en el ámbito de la política, hecho que estaría en coherencia con la CEDAW.

La Corte no menciona, por ejemplo, que estas medidas también cumplen el objetivo de llevar un mensaje simbólico a la sociedad en su conjunto, al lograr visibilizar a las mujeres que han sido invisibilizadas por un sistema de participación política que parte de la experiencia y de la corporalidad masculina.

Por lo tanto, la sentencia solo describe el derecho a la representación política sin discriminación por sexo, al tener como resultado el incremento de mujeres o, dicho de otra forma, habla de la garantía de la paridad en cuanto a la cantidad de mujeres y hombres que desempeñen determinadas

(Informe no. 51/02 admisibilidad de la CIDH).

164 OEA. Informe de acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, 2007.

165 CONAMU. Constitución de la República del Ecuador 2008. “Derechos de las Mujeres”. Ecuador, 2008.

166 Bis. Art. 11.2 El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portador de VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Art 66.4. Se reconoce y garantiza a la personas:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

funciones del Estado, pero no aporta argumentos en relación al cumplimiento del principio de igualdad sustantiva.

Es indudable que el resultado de la sentencia favorece la justa reivindicación planteada por las mujeres, en cuanto a eliminar los obstáculos que llevan a su infrarrepresentación en puestos de decisión, pero es una deuda pagada a medias porque en cuanto a los razonamientos y a la aplicación de la CEDAW y a la igualdad sustantiva, queda la Corte con un saldo en contra.

Por supuesto que una medida o la buena fundamentación de una sentencia no cambian el sistema en su esencia, pero es indudable que democratizan el poder. Por otro lado, sabemos que esto no define el perfil de mujeres que llegarán a estos puestos, o cuál será su concepción, o si tendrán niveles de conciencia sobre la desigualdad que viven las mujeres, pero en su conjunto contribuirá a que se acelere la igualdad material entre hombres y mujeres.

Aun así, el marco legal marca una diferencia, pues no solo garantiza el punto de partida sino también el punto de llegada; sin embargo se requerirá de otras medidas y estrategias para pedir cuentas tanto a hombres como a mujeres, en el afán de saber si han sido consecuentes y aportativos/as desde sus puestos en este largo camino de la igualdad para las mujeres...

Bibliografía

Libros

ALONSO Isabel, Belinchón, Mila (Prólogo). Cuaderno de quejas y otros textos. 1788-1793. La voz de las Mujeres en la Revolución Francesa. Horas y Horas Editorial, 1989.

AMOROS, Celia. Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernismo. Madrid, Cátedra, col. Feminismo, 1997.

BAREIRO, Lina y Torres, Isabel. "Participación política igualitaria de las mujeres: deber ser de las democracias". /En/ IIDH. Igualdad para una democracia incluyente. San José, Costa Rica, 2009.

IRIGARAY, Luce: Yo, tú, nosotras. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, España, 1992.

JAGGAR, Alison M. "Ética feminista: Algunos temas para los años noventa". /En/ Perspectivas feministas en teoría política, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994.

O´DONNELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Editorial Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.

OKIN MOLLER, Susan: "Desigualdad de género y diferencias culturales". /En/ Perspectivas feministas en teoría política, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994.

OKIN MOLLER, Susan: "Liberalismo, Política, Justicia y Género". /En/ Perspectivas feministas en teoría política, Paidós Estado y Sociedad, Editorial PAIDOS, Barcelona, España, 1994.

RIVERA GARRETAS, María-Milagro. Nombrar el mundo en femenino, Pensamiento de las mujeres y teoría feminista. Editorial ICARIA, Barcelona, España.

RIVERA Milagros M. "Partir de sí". /En/ El Viejo Topo, número 73, marzo, Madrid, España, 1994.

SANTA CRUZ, Marita. Notas para el concepto de igualdad. Isegoría 6, 1992.

SEVILLA MERINO, Julia. Mujeres y ciudadanía. La democracia Paritaria. Instituto Universitario de Estudios de la Dona, Universitat de Valencia, 2004.

SOTO, Liliam. "Cuotas y sistemas electorales en América Latina". /En/ IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.

WILLIAMS, Joan. "Igualdad sin discriminación". /En/ Género y Derecho, Colección Contraseña, Serie Casandra, Chile, 1999.

Declaraciones

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración Americana.

La Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana.

Declaración de Atenas.

Carta de la Organización de Estados Americanos.

Revistas

ARROYO VARGAS, Roxana. "Derechos Humanos de las mujeres y la Democracia Paritaria". /En/ revista Olimpia. Comisión Interinstitucional y Civil de seguimiento e incidencia. Sobre los derechos Políticos de las Mujeres. Diciembre de 2006. Numero 4, INAMU, San José, Costa Rica.

Casos- sentencias

Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de medios, En sentencias: Tribunal Constitucional Ecuador. Participación y acceso a puestos de decisión, de sentencia No. 002-09-SEP-CC dentro del caso: 0111-09-EP, Ecuador.

Tomado en línea de: www.humanas.org.ec, en Observatorio de medios, En Sentencias Tribunal Constitucional Ecuador. Derechos a participación y acceso a puestos de decisión, de sentencia No. 005-09-SEP-CC, dentro del caso: 0112-09-EP, Ecuador.

Caso María Merciadri vs Argentina (caso 11.307, informe nro.102/99 y nro. 103/01).

Caso Janet Espinoza Feria y otras vs. Perú (Informe nro., 51/02 admisibilidad de la CIDH).

Comités, Informes, Observaciones, Recomendaciones

CEDAW. Recomendación 23. Vida Política y Pública. 13/01/97. 16 periodos de sesiones.

CEDAW. Recomendación 23. Vida Política y Pública. 13/01/97. 16 periodos de sesiones.

Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos en relación al Art. 25 del PIDCP.

CEDAW. Recomendación general No. 5 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre medidas especiales de carácter temporal.

CEDAW. Recomendación general la No. 8 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención.

Organización de Estados Americanos. Informe Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas 2007.

Legislación Internacional y Nacional

CONAMU. Constitución de la República del Ecuador 2008." Derechos de las Mujeres". Ecuador 2008.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención Americana.

Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Internet

Citas e ideas tomadas en línea de:

www.cidh.org

www.humanas.org.ec

A MODO DE CONCLUSIÓN

Juan Montaña Pinto

El derecho, aprendimos, tiene dos caras: Un rostro emancipatorio y una presencia regulatoria. También se ha asimilado la preeminencia histórica que ha tenido este último sobre el primero y los conflictos que tal supremacía ha generado a efectos de medir la valoración social que tiene lo jurídico. Es verdad, además, que en los últimos tiempos, en un proceso correlativo a la pérdida de hegemonía del pensamiento marxista en las ciencias sociales, esa valoración negativa se ha transformando paulatinamente. Poco a poco, en los últimos 20 años, se ha creado conciencia sobre la utilidad de lo jurídico en los procesos de cambio social y sobre la urgencia de recuperar el matiz emancipatorio y contra - hegemónico del derecho.

Paralelamente se llega a aceptar, casi de forma generalizada al Género como la categoría fundamental que explica las peculiaridades y los retos del orden social contemporáneo; y se acepta, por tanto, la importancia de generar puentes de diálogo entre el derecho como instrumento reivindicado y el género como meta - relato.

Quien lea el texto puede comprobar cómo a pesar de que la voz de las dos mujeres que hilan los escritos que componen nuestro libro tienen tonos, texturas e intensidades distintas; comparten, sin embargo, una preocupación común por la relación entre género y derecho en el nuevo texto y contexto constitucional ecuatoriano. Estas preocupaciones nos permiten proponer algunas conclusiones provisionales sobre el presente y el futuro del vínculo entre el género y el derecho.

La primera cuestión importante es un reconocimiento fáctico con significativas consecuencias dogmáticas: nuestra última Constitución, la de Montecristi, revoluciona la teoría jurídica y el concepto mismo de derecho. No solamente en América Latina se la considera la versión más acabada de un movimiento constitucional que surge con fuerza en el subcontinente desde hace 20 años. Sino en el mundo entero donde sus hallazgos teóricos son vistos con una mezcla de admiración, curiosidad y suspicacia.

Uno de los mayores hallazgos de este constitucionalismo ecuatoriano de última data es justamente la vinculación de la acción del Estado a la realización efectiva de los derechos humanos, tarea que, a partir de la superación de la clásica trinidad de los poderes, se les otorga a los jueces, convertidos en garantes últimos de los derechos. Hoy en día son los operadores de justicia, más que el legislador, los que tienen la grave responsabilidad de decir lo que es el derecho vigente y como se lo protege.

Cuando nos situamos en la agenda y las políticas de género, esta redefinición de la estructura y el orden de los poderes tienen por supuesto enormes

implicaciones. Desde que este cambio se produce les corresponde definir los contornos mínimos en los que se desenvuelve esta relación. Los jueces, en este contexto, son sensibles y están preparados, o por lo menos deberían estarlo, para asumir este reto.

La realidad, como muestran nuestras autoras, es, no obstante, otra: la función judicial igual que ocurre con la función de control constitucional, está lejos de cumplir los estándares marcados por el texto constitucional y la propia legislación internacional de los derechos humanos. En las decisiones de los jueces, en las que se debate algún derecho de las mujeres, los enunciados normativos se siguen interpretando a través de un prisma cultural patriarcal y androcéntrico. Lo cual, por supuesto, vulnera el texto de la Constitución, donde, como se sabe, la agenda de género fue convertida exitosamente en normas jurídicas jerárquicamente superiores y directamente aplicables.

Los tres artículos que componen la obra nos muestran claramente como el reconocimiento constitucional del Derecho a la igualdad de las mujeres en materia política, en lo sexual y reproductivo, así como la lucha contra la violencia de género promovida desde la Constitución, son avances formales muy importantes. Sin embargo también nos dejan ver como estos logros enunciativos resultan insuficientes por la incapacidad de los jueces, en su actividad cotidiana, de reconocer y ser sensibles a los problemas de género.

Este desconocimiento del texto constitucional por parte de los jueces, nos indica la necesidad de replantear la preeminencia de la estrategia legal reformista para la consecución de los fines políticos del movimiento feminista. Una vez reconocidos los derechos de las mujeres en la Constitución y dotados éstos de plenas garantías institucionales, políticas y jurisdiccionales, la cuestión urgente es saber cuál es el mejor camino para hacerlos realmente efectivos en la práctica cotidiana de instituciones tan importantes para la vida de la gente común, como la función judicial. Los enunciados normativos ya están definidos, pero para que se conviertan en norma social autoimpuesta, falta aún un intenso proceso de discusión social respecto de los fines y propósitos de estas normas y lo que es más importante, falta iniciar un proceso de adaptación de estos enunciados generales y abstractos para transformarlos en realidades concretas y vivas para las distintas personas, culturas y territorios en los que se va a aplicar.

Una de las enseñanzas fundamentales que Don Juan, el brujo Yaqui, le transmitió a Carlos Castaneda en su famosa búsqueda de conocimiento sobre los usos de las plantas, en las culturas indígenas del norte de México, fue la necesidad de aprender a “ver” y “conocer” las realidades del mundo sobre la base de dejar de lado los mecanismos tradicionales de entender la vida basados en el sentido común. Si se nos permitiera hacer un paralelismo entre este texto canónico de la literatura y los ensayos jurídicos de nuestras autoras, podría decirse que una de las conclusiones más significativas de la inmersión de Arroyo y Forero, en las prácticas judiciales ecuatorianas actuales,

es que los jueces siguen decidiendo sus casos sin considerar la agenda de género incorporada en la constitución, por incapacidad cultural de ver, oír y entender los mensajes que dan los enunciados normativos sobre la materia. Igual que le sucedía a Castaneda, que durante mucho tiempo fue incapaz de desprenderse de los prejuicios de la cultura occidental para entender el sistema de valores y creencias Yaqui, que a su vez le permitirían “ver” y “aprender” realidades no convencionales. Los jueces ecuatorianos no están preparados ni pueden todavía “ver” y “pensar” cómo y para las mujeres, porque a pesar de tener a su disposición su “peyote” particular, en este caso las normas constitucionales, no han hecho de éstas su “aliado” y por lo tanto la Constitución no les han entregado aún sus secretos.

En ese sentido, los análisis incorporados en el libro nos dicen que las definiciones meta teóricas presentes en el discurso de género transnacional e incorporadas por los Asambleístas al texto de la Constitución, requieren, para hacerse verdaderamente efectivas, un proceso de adaptación política y cultural a las realidades culturales e institucionales del Ecuador.

En el caso de las normas que garantizan a las mujeres condiciones de igualdad material en la participación política, tema central de uno de los artículos que compone el libro, su interpretación judicial actual muestra que las estructuras partidarias y mecanismos de participación y representación siguen siendo interpretadas y estructuradas a partir del modelo del ciudadano varón y sobre patrones y experiencias masculinas. A pesar de que la sentencia es favorable, la interpretación jurídica no asume como propios los criterios que la doctrina y la jurisprudencia internacionales han desarrollado. La sentencia carece de una lectura sistémica de la Constitución. Es indudable que el resultado de la sentencia favorece la justa reivindicación planteada en cuanto a eliminar los obstáculos que llevan a la infra-representación de las mujeres en puestos de decisión, pero las razones y los caminos por los que se llega a semejante conclusión no son los esperados dado el nivel de desarrollo de las normas constitucionales. Y, lo que resulta más grave, este subtexto jurídico nunca es explícito, sino que los argumentos androcéntricos se ocultan a través de un discurso hiper-textual y ultra procesal que les evita pronunciarse sobre los temas de fondo, cuando se trata estudiar los efectos de la aplicación de las reglas de cuotas en el contexto general de los derechos de participación.

En cuanto al tratamiento de jurisprudencia de los derechos sexuales y reproductivos, los jueces constitucionales ecuatorianos son todavía más sordos, si se quiere, que frente a la cuestión de la Ley Cuotas. A pesar de la evidencia científica sobre la importancia que para la libertad y autonomía de las mujeres tiene el acceso a mecanismos de anticoncepción, los jueces de la Constitución siguen atrapados en una discusión moral sobre el aborto, que invisibiliza los problemas concretos de las mujeres ecuatorianas.

Una de las conclusiones más importantes del estudio de Roxana Arroyo, sobre la Sentencia que prohibió en el Ecuador la distribución de la píldora del día

después, es que la cultura jurídica ecuatoriana no está dispuesta a renunciar a sus fundamentos y prácticas patriarcales: siguen considerando la sexualidad y la reproducción como asuntos de carácter privado, en contravía de lo que plantea la Constitución. Los jueces tampoco han abandonado la nefasta vinculación entre derechos sexuales y procreación, tampoco parecen dispuestos a asumir que la sexualidad y la reproducción son derechos humanos y deben tratarse como tales ni a entender que las mujeres deben estar libres de toda coerción, discriminación y violencia en el reconocimiento, goce y ejercicio de los mismos.

Pero lo que más llama la atención es la forma de argumentación sustentada en el uso invertido del garantismo y en la formulación de una regla apriorística en donde “la duda razonable” sobre el carácter abortivo o no del medicamento se convierte sin justificación alguna en un in dubio pro nato. Argumento donde los derechos sexuales y reproductivos y la libertad individual de las mujeres están totalmente ausentes. Como demuestra la investigación de nuestra autora esta línea de la argumentación que, ante la duda prevalece el derecho a la vida en abstracto, no es por desgracia patrimonio exclusivo de la justicia constitucional ecuatoriana. Sino que muestra todo lo contrario: la inmensa mayoría de los Tribunales constitucionales de la región, a excepción del tribunal colombiano, cuando se han pronunciado sobre el tema han mantenido la duda a favor del no nato y por lo tanto han negado la constitucionalidad de la distribución del medicamento.

En el caso ecuatoriano, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, se produce una revolución copernicana en lo que atañe al entendimiento de lo que es el derecho y su interpretación a partir de la asunción por parte del constituyente del modelo constitucional garantista.

En ese sentido, lo obvio sería que en el caso de nuestro país, donde la Constitución se coloca en la avanzada de América Latina en lo relativo a la incorporación de los derechos humanos reconocidos en la doctrina y los instrumentos internacionales; el juez debería tener mayores elementos de certeza a la hora de hacer las ponderaciones entre derechos. El juez no hallaría excusas porque la propia Constitución, leída sistemáticamente, aporta los elementos necesarios para realizar una interpretación que ante la duda razonable favoreciera a la optimización de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

De lo anterior, se desprende que en un Estado garantista del buen vivir, como el ecuatoriano, no sería posible una definición hetero-centrada en materia de derechos sexuales y reproductivos. Además que estas soluciones jurisdiccionales, justo por no tener espacio constitucional claro, solo pueden explicarse por la persistencia de una cultura jurídica antimoderna y reaccionaria donde prevalece el componente cultural derivado de una cultura católica frente al formal constitucional.

En definitiva, la experiencia ecuatoriana nos muestra que de nada sirve tener, como tiene el Ecuador, una Constitución de avanzada, si la cultura jurídica y la mentalidad de los operadores de justicia siguen ancladas en el tradicionalismo y al patriarcalismo; por lo que es una obligación básica del Estado iniciar los procesos didácticos y pedagógicos que impulsen paulatinamente el cambio de mentalidad.

Ahora bien, en el contexto de las democracias constitucionales el problema ya no es la fundamentación de los derechos, pues éstos ya están reconocidos al más alto nivel, sino que la cuestión es protegerlos efectivamente. Desde nuestra perspectiva, la perspectiva del libro, la protección efectiva de los derechos no sólo pasa por tener los mecanismos procesales adecuados en el sistema jurídico, sino que garantizarlos está vinculado estrechamente al componente cultural. No basta con que la norma de la Constitución cambie sino no se da un cambio en la cultura tanto en el ámbito personal, como en el plano de las estructuras del Estado, especialmente de las relacionadas con la administración de justicia.

Y esto nos lleva a una primera conclusión general de carácter político: en el Ecuador de hoy existe un agotamiento palpable y una insuficiencia evidente del reformismo jurídico como estrategia privilegiada de lucha política. Por lo tanto se plantea la necesidad de impulsar desde distintos espacios públicos y privados, que sirven de parapeto y trinchera a las reivindicaciones de las mujeres ecuatorianas, un amplio debate sobre las tácticas del proyecto político feminista en las que, según parecen indicar las autoras de los textos que componen este libro, habría que privilegiar la construcción y puesta en funcionamiento de lo que la doctrina conoce como garantías sociales, es decir de mecanismos de organización y control social en todos los niveles de la sociedad, que reclamen y reivindiquen la eliminación definitiva del patriarcalismo.

Pero volviendo a nuestros ejemplos, tanto en el caso de la respuesta de los jueces a la aplicación de las cuotas, como en la sentencia sobre la píldora del día después y especialmente a partir del análisis del caso de violencia sexual a menores que hay detrás del expediente de Floresmillo Villalalta, queda claro que, más allá de la intención constituyente reflejada normativamente en la Constitución, la repercusión de una visión de género en la construcción de un imaginario social diferente, basado en relaciones de equidad entre hombres y mujeres, ha sido incipiente por decir lo menos.

En este sentido, se puede afirmar que, a pesar de lo que dice la Constitución, no hay en el Ecuador una propuesta política y social que haga posible y viabilice en un futuro próximo un entendimiento no patriarcal entre hombres y mujeres. Hay en los trabajos, que se agrupan en el libro, un subtexto claro que nos debe llamar a la reflexión: los esfuerzos del movimiento de mujeres por cambiar la estructura de poder en la sociedad ecuatoriana han tenido, más allá del ámbito regulatorio, un éxito muy relativo y muy parcial. Las

reivindicaciones y propuestas de los movimientos de mujeres han disfrutado una difusión importante en ámbitos urbanos y de clase media. Las mujeres han trabajado especialmente desde la academia y por tanto la incidencia de sus mensajes en sectores populares o zonas rurales, ha sido relativamente limitada.

Lo antes planteado, se revela perfectamente en el texto de Sancha Forero sobre el caso de Floresmilo Villalta, donde queda demostrada la ausencia de imaginarios, (tanto entre los constituyentes, como entre los jueces, y por supuesto entre las víctimas) que den cuenta de relaciones equitativas o de una organización social que haya dejado de reafirmar los roles tradicionales de los hombres y las mujeres. Ésto solo corrobora que el mundo simbólico de ecuatorianos y ecuatorianas, reproduce de forma permanente y casi inmutable, formas de relación que no han dejado de ser discriminatorias para las mujeres.

Desde otra perspectiva, hay que tener en cuenta que la influencia del discurso de género tampoco es homogéneo, según se trate, de los diferentes espacios geográficos del país. Las diferencias regionales en este tema también ratifican la existencia de más de un país. Mientras que en la Sierra, el movimiento social ha posicionado temas como el respeto a los derechos de los pueblos y nacionalidades, así como introducir importantes cambios en la regulación sobre género y relaciones equitativas entre hombres y mujeres. Parecería que en regiones como la Costa o la Amazonía la penetración es mucho menor. Allí se mantiene una visión jerárquica que ratifica la superioridad en el varón, en la clase social y en el tipo de mando; por lo tanto las condiciones de exigibilidad de los mandatos constitucionales en la materia también disminuyen sustancialmente.

Si bien ahora contamos con la Constitución más garantista de América Latina, es también cierto que si comparamos la situación actual con la de los últimos 20 años, hoy día es cuando menos fuerza tienen propuestas como la de reconstruir las relaciones de poder en términos de discurso de género. Esto parece paradójico pero es real. Hoy día, cuando se ha conseguido a través del reformismo legal institucionalizar los derechos de las mujeres y construir un horizonte normativo progresista y emancipatorio en términos constitucionales, es, sin embargo, cuando más se han profundizado las contradicciones de una sociedad que se niega a asumirlos y que desde los diferentes poderes del Estado, se menosprecia el valor prescriptivo obligatorio de la Constitución vigente.

Ésto ratifica que la cultura jurídica de país se sigue fundando en el famoso apotegma “hecha la ley, hecha la trampa”, es decir, ya pensada la norma, paralelamente corre la forma de infringirla. Y en este caso, es si se quiere, más grave porque se desconoce la actual Constitución desde una trinchera cultural muy difícil de superar, que asume como natural las relaciones inequitativas y que niega a institucionalizar los sentidos que han circulado por

más de una década, desde los movimientos sociales, referentes a la construcción de relaciones de equidad y sujetas a una visión de derechos.

El reto entonces es introducirse en esas formas de mediación social para llegar a configurar nuevos mundos simbólicos, que reproduzcan culturalmente relaciones de equidad y además hacerlo desde la valoración, conocimiento, uso cotidiano de la nueva Constitución y la regulación que se desprenda de ella en el tema.

Esto último es un trabajo que implica darle a lo jurídico un contexto social adecuado para que pueda expresarse y desarrollarse adecuadamente, sin el cual, jamás podrá ser la norma parte de la vivencia social. En esto deben participar activamente, no una vanguardia de académicas iluminadas, generalmente vinculadas a la clase media intelectual de las ciudades, sino los sectores sociales concernidos y afectados por este orden de cosas androcéntricas que nos gobierna hoy en día.

APENDICE

EXTRACTOS DE SENTENCIAS

A continuación, se reproducen los extractos más significativos de algunas sentencias de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, cuyos textos completos se encuentran disponibles en el Observatorio de Sentencias Judiciales.

Las sentencias incluidas en este apéndice se vinculan con los siguientes temas, de acuerdo con su clasificación en la base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales¹⁶⁷:

TEMA	CASO	PAIS
Familias Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad	Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)	Argentina
	Sentencia C-029/09. M.P: Rodrigo Escobar Gil	Colombia
	Sentencia T 911/ 2009	Colombia
Familias Propiedad y matrimonio	RIT C-2772-2007	Chile
Trabajo productivo y reproductivo	Sisnero, Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA S.R.L. y otros s/ Amparo	Argentina
	Rol N° 393-2008 María Ángela Salazar con Universidad San Sebastián	Chile
Violencia contra las mujeres	No. 301199200710438	Bolivia
	Rol N° 60-2009	Chile
Violencia contra las mujeres Derechos sexuales y reproductivos	Sentencia T-388/2009	Colombia

¹⁶⁷ Remitimos a la sección de Metodología del Observatorio para una explicación de los criterios de clasificación que se utilizan.

Derechos sexuales y reproductivos Identidad y derecho a la libre personalidad	Exp. N 01575-2007-PHC/TC	Perú
Participación y acceso a espacios de decisión	Acción Extraordinaria de Protección Partido Renovación Institucional Acción nacional	Ecuador

País	Argentina
Caso	Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)
Tribunal	Juzgado Contencioso Administrativo Tributario – Ciudad de Buenos Aires
Fecha	10/11/2009
Tema	Familias Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad
Palabras clave	Matrimonio – diversidad sexual

Una pareja del mismo sexo pidió turno ante el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires para contraer matrimonio. Ante la negativa, presentaron una acción de amparo solicitando que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que se les permita casarse, y que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil de Argentina. La jueza de primera instancia hizo lugar a la pretensión y declaró la inconstitucionalidad de las normas invocadas.

La jueza fundó su decisión en los siguientes argumentos: “El sentido de la igualdad democrática y liberal es el ‘derecho a ser diferente’, que no puede confundirse nunca con la ‘igualación’, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales ... El reconocimiento de la identidad en la pluralidad no puede partir de estructuras ahistóricas, requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho más compleja”, y cita como ejemplo paradigmático de las restricciones para contraer matrimonio las leyes de la Alemania Nazi.

Respecto a los reparos que una sentencia de este tenor pudiese despertar en el seno de algunos sectores religiosos, advierte la magistrada que “Es posible que una decisión en ese sentido sea considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas por un sector de la comunidad. Pero en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros ... Por lo demás, la homofobia suele estar disimulada tras el discurso de la tolerancia, discurso que pese a sus ingentes esfuerzos no puede disimular su desagrado ¿cómo se puede decir que tolero lo que apruebo? La tolerancia no tiene razón de ser si previamente su objeto no fue definido de modo adverso”.

La jueza concluyó que “no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación”

Esta decisión fue apelada. Sin embargo, el matrimonio se concretó ejecutando la sentencia en la Provincia de Tierra del Fuego.

País	Argentina
Caso	Sisnero, Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA S.R.L. y otros s/ Amparo
Tribunal	Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Ciudad de Salta, Provincia de Salta.
Fecha	18/11/2009
Tema	Trabajo productivo y reproductivo
Palabras clave	discriminación laboral - cupo femenino - amparo colectivo

Una mujer, con licencia profesional de conductora, ante la imposibilidad de obtener un trabajo como chofer de transporte de pasajeros en la provincia de Salta donde ninguna mujer ejerce ese oficio, presentó junto con la Fundación Entre Mujeres un amparo colectivo para ser incorporada como chofer y para que se ordene cubrir un cupo de 30% de mujeres en el plantel. Las demandadas dedujeron diversos argumentos, incluyendo la libertad de contratación, la falta de idoneidad de la aspirante y el argumento de que “es indiscutible que el hombre y la mujer no son iguales, y por más que a la mujer se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos lo que conlleva a una diferencia de tratamiento”.

El juez hizo lugar al amparo colectivo en todos sus puntos, con los argumentos que se citan a continuación.

“La afirmación [de la empresa demandada], generalizada y muy arraigada, encierra una verdadera concepción discriminatoria, que se desarrollo desde tiempos inmemoriales en esta parte del mundo, denominada Occidente. Y es menester tener muy en claro, que una de las tantas formas en que se enmascara la violencia, es la discriminación. Discriminación, que tal como sostiene Muchembled, tenía su origen en un aspecto claramente definido: ‘El volcán de las pasiones femeninas parecía imposible de extinguir.’ Hacía falta reafirmar la posición masculina y acentuar lo más posible el temor de si mismo, combinando la sexualidad, salvo la que se ejercía de manera moderada en el matrimonio cristiano, con las imágenes mas traumatizantes. El grado de control personal de las funciones sexuales iba a convertirse lentamente en un elemento central de la definición de la naturaleza humana, sin abolir, la diferencia entre los sexos. (pág. 108, Historia del Diablo, Fondo de Cultura Económica, ed. 2003)¹⁶⁸”.

Por otro lado, sostiene el juez que “se acentuó la hegemonía masculina con el derecho del marido a decidir la separación matrimonial en caso de necesidad. El adulterio femenino, mucho más castigado que el del hombre, condujo al encierro de estas mujeres en un convento, dejándose al esposo la libertad de hacer volver a la culpable, si él lo deseaba. La ley también ponía el acento de haber nacido de un matrimonio legal, para ejercer la sucesión de alguien. De una manera general, la ley ejercía una vigilancia creciente sobre las etapas femeninas del embarazo y el nacimiento... la reafirmación de la autoridad del Estado pasaba por la de los maridos sobre las mujeres y de los padres sobre los hijos. En esta situación, las nociones de pecado, de mala conducta, de crimen adquirieron formas nuevas, muy diferentes de acuerdo con los sexos. (Muchembled op. cit. pág. 111)”.

“Fácil es comprobar, basta ver la realidad circundante, y una muestra objetiva de ello, es la presente acción, que esa concepción medieval tiene clara vigencia hoy. O acaso, que otra razón puede existir, frente al actuar difuso, etéreo, hasta sutil, de esa negativa solapada, encubierta, de las partes demandadas en autos, quienes salvo la excepción expuesta, con atajos, eluden dar trabajo a una persona que reúne, formalmente, en base a la documentación presentada, idéntica e igual idoneidad a hombres que conducen colectivos, por el solo hecho de ser mujer.”

“No deja de llamar la atención, que en otros países han sido mujeres las que han comandado hasta naves espaciales. Tarea, la que si creo, debe resultar sumamente compleja por la innumerable gama de conocimientos que deben poseerse para tan difícil cometido. Ya en nuestro país, pude ver, de que son mujeres exclusivamente quienes conducen trolebús en la ciudad de Córdoba, es decir a unos 900 km. de esta ciudad de Salta, y en esta misma, los

¹⁶⁸ Citado en el fallo.

transportes privados de niños, son conducidos por mujeres. Si confiamos a ellas, la parte más importante de una sociedad, los niños, porque no confiar a mujeres el transporte de adultos ... Es preciso en tal sentido de que todos y cuanto uno, desde su lugar en este mundo, asuma como algo propio, la imperiosa e impostergable tarea de hacer efectiva la igualdad de género. Basta de violencia disfrazada, esta vez, bajo la discriminación. No existe, en tal sentido mas que una posición: estar por la inclusión, o de lo contrario, sea bajo formas mas o menos intensas, por la exclusión del otro, es decir ejerciendo violencia, que a la postre, no es nada mas ni nada menos, que la negación del Estado de Derecho.”

País	Bolivia
Caso	No. 301199200710438
Tribunal	Tribunal de Sentencia 1, Cochabamba.
Fecha	17/01/2009
Tema	Violencia contra las mujeres. Derechos sexuales y derechos reproductivos
Palabras clave	Violencia sexual

El caso fue motivado por la comisión del delito de violencia sexual ejercida en contra de una mujer mayor de dieciocho años en fechas 31 y 1 de abril del 2007. Es pertinente señalar que de la revisión del proceso se puede evidenciar que el imputado fue acusado por la comisión del delito incurso en el Art. 308 ter. (Violación en estado de inconsciencia) y terminó siendo juzgado por el Art. 308 segunda parte del Código Penal. Asimismo, la persecución del delito no obstante haber sido seguida por el ministerio público, contó con la ayuda y colaboración como Acusación Particular de una Institución, como es “la Oficina Jurídica de la Mujer”, quienes procedieron e en todo momento en la averiguación del proceso, en representación de la víctima.

De los hechos probados, se tienen el acceso carnal (agresión sexual) y la presencia de benzodiazepine, sin embargo pese a estas pruebas el tribunal en aplicación una vez más del Art. 37, por votación unánime concluye declarando al imputado autor de la comisión del delito de violación.

En los considerandos de la sentencia, se destaca que, como parte del desarrollo de la doctrina penal en delitos que atentan contra la libertad sexual, han sido recogidas en la legislación boliviana la “ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” conocida como la Convención de Belem do Pará – Brasil, así como en Ley 2033 o “ Ley de Protección a las victimas de delitos contra la libertad sexual” de 29 de

octubre de 1999, que consideran respectivamente que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer, en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. Entendiéndose como 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 Privado. Se entiende como violencia contra la mujer la violencia física, sexual y psicológica. La Ley 20333 tiene como objeto proteger la vida, integridad física, psicológica, la seguridad y la libertad sexual de todo ser humano. En este sentido también se guían las investigaciones y evolución de la doctrina penal contemporánea relacionadas con violencia sexual en contra de la mujeres, al señalar que es crucial comprender el rol que las violaciones tienen, como instrumento de poder para doblegar a la mujer, subordinándola en una posición altamente vulnerable a otra gran variedad de expresiones de abuso y violencia.”

País	Chile
Caso	Rol N° 393-2008 María Ángela Salazar con Universidad San Sebastián
Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Fecha	09/01/2009
Tema	Trabajo productivo y reproductivo - Violencia contra las mujeres
Palabras clave	Discriminación en el empleo - Salud

María Angela Salazar Soto, psicóloga, magíster en administración y decana de la facultad de psicología de la Universidad San Sebastián, interpuso una demanda laboral reclamando una indemnización de perjuicios por daño moral en contra de la Universidad. La demandante salió en Licencia de pre natal y al regresar al trabajo luego del post natal encontró que la facultad había sido fusionada junto con Trabajo Social y Sociología y que otras personas habían sido nombradas decana y director de la carrera de psicología. La universidad le ofreció otros cargos, que ella rechazó por disminuciones en las funciones, acceso a los recursos de la universidad y remuneración. Debió recibir tratamiento psicológico.

La Corte hizo lugar a su reclamo basándose en que “la empleadora deliberadamente privó a la actora del cargo para el cual había sido contratada previo concurso público, designando a otra persona en su lugar, ignorando el compromiso adquirido con ella ... La situación se torna más grave aún, atendidas las circunstancias que rodearon la decisión de la demandada de suprimir el cargo en cuestión, pues no se le dio aviso oportuno de la situación, exponiéndola a tener que encontrarse sorpresivamente con el hecho de que no sólo sus cargos habían sido entregados a otras personas, sino también el uso de la oficina que le

había sido asignada, privándola del acceso a sus útiles habituales de trabajo, de la oportunidad de asumir funciones y, por ende, del debido desarrollo profesional que lleva implícito cualquier cargo académico, llegando al nivel de obligarla a tener que recurrir a la instancia administrativa para lograr el pago de las remuneraciones a las que por contrato tenía derecho... La ley ha puesto como límite a las facultades de administración del empleador el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, es decir, no se le priva de reorganizar la actividad productiva de que se trate como lo estime más conveniente o eficiente, pero ello debe efectuarlo sin el menor atropello a la dignidad de los trabajadores, resultando absolutamente innecesario para ello recurrir a todas las prácticas en que incurrió en el caso en estudio, tales como omitir información y enfrentar a una trabajadora de la jerarquía que presentaba la actora, esto es decana de una facultad a la incomodidad y pesar de retornar a su trabajo y encontrarse con que su oficina había sido asignada a otro trabajador y que su cargo, simplemente no existía. Lo anterior cobra mayor gravedad al considerar que en el caso en estudio el derecho a administrar libremente la empresa se encontraba limitado por el derecho de la trabajadora aforada de conservar su trabajo... (por lo que) es posible concluir que se encuentra acreditado que la actora sufrió el daño moral que indica, consistente en el menoscabo moral, no patrimonial, provocado por su empleadora no sólo por el hecho de suprimir el cargo para el cual fue contratada, sino por la forma en que ello se hizo y por las circunstancias que rodearon su supresión y siguieron a ésta, según ya se señaló, menoscabo que se traduce en la frustración natural que se provoca en una profesional al sustituirla sin explicación ni razón aparente alguna, ofreciéndole cargos alternativos creados, sin contenido acreditado. Se trata en la especie, de una situación en que resulta plenamente procedente el resarcimiento del daño moral pues, como se indicó, el incumplimiento contractual provocó una vulneración al debido resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales de la actora, afectando, sin duda, su personalidad moral, su estabilidad emocional, su autoestima, prestigio, integridad moral, los que, entre otros, configuran la dignidad de la trabajadora, debiéndose en consecuencia, reparar el dolor o quebranto espiritual sufrido por ella.”

País	Chile
Caso	Rol N° 60-2009
Tribunal	Corte de Apelaciones de La Serena
Fecha	27/03/2009
Tema	Violencia contra las mujeres
Palabras clave	Violencia familiar – equidad de genero

Un hombre golpea a su hermana, tomándola del pelo y lanzándola al suelo le produce contusiones faciales. El Juzgado de Garantía de La Serena, aprobó el término del juicio sobre lesiones menos graves cometidas en contexto de violencia

intrafamiliar, mediante un acuerdo reparatorio consistente en disculpas públicas del agresor a su conviviente. Recurren la decisión argumentando que la salida alternativa es improcedente en casos de violencia intrafamiliar, según la Ley 20.066.

Para dictaminar la improcedencia del acuerdo reparatorio, la Corte estimó que “Esta disposición legal, como se advierte, contiene un amplio concepto de ‘violencia intrafamiliar’ en la cual quedan comprendidas todo tipo de agresiones –físicas o psíquicas– que pudieren ser constitutivas, eventualmente, de diversos delitos como homicidios, lesiones, o ilícitos de carácter sexual, conclusión que se desprende de diversas disposiciones, como por ejemplo, de su artículo 16, cuando señala que las medidas accesorias indicadas en el artículo 9 serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate. Todo ello, entonces, hace concluir que la norma prohibitiva contenida en el artículo 19 ya transcrito, se refiere a toda clase de delito que importe una violencia intrafamiliar, y no sólo al específico tipificado en su artículo 14 (delito de maltrato habitual)... dicha norma prohibitiva tiene su razón de ser, entre otras consideraciones, como se desprende de las actas legislativas de discusión, en el cuestionamiento que se hizo del eventual “consentimiento” que en los acuerdos reparatorios podría verse forzada la víctima a otorgar, dada su condición de tal, situación que se une a la relevante circunstancia de ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, de manera que siempre existirá un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal en los actos ilícitos que horaden de cualquier forma su integridad. Por lo demás, se debe también tener presente que el objeto de la ley en estudio es el de prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma.”

País	Chile
Caso	RIT C-2772-2007 Orlando Contreras con Hermelinda Garrido
Tribunal	Corte de Apelaciones de Antofagasta
Fecha	07/07/2009
Tema	Familias – Trabajo productivo y reproductivo
Palabras clave	Divorcio y Equidad de Género

Un hombre demanda el divorcio unilateral por cese de convivencia, petición a la que la mujer contesta solicitando compensación económica. El tribunal de primera instancia concede el divorcio sin derecho a compensación. La Corte Suprema, declarando el derecho de la mujer, confirma fallo de Alzada que revoca el de primera, concediendo compensación económica.

Para reconocer este derecho, la Corte tuvo en cuenta que “debe reflexionarse sobre la base de la lógica y la experiencia, el significado o contenido del cuidado de su hija y las labores propias del hogar común, que en términos sociales siempre ha sido ignorado, sin entregarle el lugar que corresponde dentro de la actividad humana; más aún en países subdesarrollados cuyas funciones propias de crianza y cuidado de los hijos se suple y se disemina en distintas personas como vecinos, familiares cercanos, normalmente abuelos, a veces empleados domésticos o trabajadores de casa particular; por lo tanto, la apreciación exacta de esta idea se ve obnubilada frente a la mujer que se hace responsable en la crianza y labores propias del hogar común. En consecuencia, probado que sea el hecho de la crianza y establecimiento, o la dedicación a las labores del hogar, surge indefectiblemente la consecuencia del deterioro en el desarrollo del individuo, porque se ha impedido real o materialmente una actividad destinada al enriquecimiento personal para obtener conocimientos o destrezas que permitan, por ejemplo oportunidades más beneficiosas o un desenvolvimiento independiente, por tanto, el deterioro adviene de todas maneras en la medida, que el dedicarse a trabajar y criar a su hija hasta que ésta tuvo diecisiete años, y a las labores del hogar común no le ha permitido brindarse enriquecimiento personal, sea continuando sus estudios, perfeccionándose, fortaleciendo su capacidad intelectual que le permitiría un trabajo remunerado, beneficios previsionales, más aún si se trata de una mujer que contrajo matrimonio a los dieciocho años de edad y desde esa fecha comenzó a criar a su hija... lo que significa que por veinticinco años debió dedicarse a realizar labores propias del hogar y una actividad de crianza y responsabilidad, lo que indiscutiblemente le ha producido un deterioro en su desarrollo personal que requiere ser indemnizado en una suma de dinero. En conclusión, de acuerdo al razonamiento efectuado, probada la existencia de la hija en común, es evidente e indiscutible el deterioro personal y el desgaste de la madre”.

País	Colombia
Caso	Sentencia C-029/09. M.P: Rodrigo Escobar Gil
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	28/01/2009
Tema	Identidad y desarrollo de la libre personalidad - Familias
Palabras clave	Parejas del mismo sexo

En este fallo la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de varias disposiciones legales que establecen beneficios y cargas para las parejas heterosexuales, y que no se aplican a las parejas del mismo sexo, estableciendo que todas las parejas gozan de los mismos derechos, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, pues tienen de

igual forma un proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes. Debido a lo anterior, la Corte encontró una discriminación que contraría la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 13, por lo que se procedió a excluir la interpretación violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato y en consecuencia declaró la exequibilidad condicionada de las normas impugnadas, en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

La Corte Constitucional no se pronunció sobre la expresión “familia” o “familiar” contenida en varias de las disposiciones acusadas por cuanto consideró que en la demanda no se sustentaba de manera específica y suficiente, que estos conceptos estuvieran en contravía de la Carta Política, además por que en esencia su estudio no resultaba determinante para resolver el problema jurídico planteado.

El desarrollo de la sentencia reitera la línea jurisprudencial según la cual: “En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la atención de la situación de quienes se encuentren en situación de marginamiento y, (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente”.

“Destaca la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, está proscrita, y da lugar a un escrutinio estricto, toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas, y que ello se predica no sólo de las personas individualmente consideradas sino también en el ámbito de su relaciones de pareja, pero, advierte que, al mismo tiempo, no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria per se, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras”.

Así mismo, en concordancia con pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional, la Corte encontró que la totalidad de las disposiciones acusadas entrañaban una discriminación de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, como proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes. Estas disposiciones desconocían reiterada jurisprudencia que establece que las parejas gozan de los mismos derechos y beneficios y tienen las mismas cargas, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales. Reiteró que

según se estableció en la sentencia C-075 de 2007, si bien pueden existir algunas diferencias entre las parejas heterosexuales y las que conforman por personas del mismo sexo, ambas representan un mismo valor y una misma dignidad, de lo que derivan unos requerimientos análogos de protección.

Teniendo en cuenta que los apartes de las normas acusadas establecen regulaciones que tienen como destinatarias a las parejas heterosexuales sin comprender a aquellas conformadas por personas del mismo sexo, la Corte encontró que iban en contravía del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 13 Superior. Por esta razón, la Corte resolvió la exequibilidad condicionada de las normas en el entendido de que el alcance de las disposiciones demandadas debe contener, en igualdad de condiciones, también a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues cualquier interpretación contraria resulta violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato es inconstitucional y por lo tanto inadmisibile.

País	Colombia
Caso	Sentencia T 911/ 2009
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	07/12/2009
Tema	Identidad y desarrollo de la libre personalidad - Familias
Palabras clave	Parejas del mismo sexo, derecho a la igualdad y no discriminación

En esta sentencia se resuelve una tutela interpuesta por un ciudadano contra el Instituto de Seguros Sociales, por considerar que este había vulnerado sus derechos a la intimidad y el buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la igualdad, y a la seguridad social, al desconocerle aquél la pensión de sobreviviente que recibía su compañero permanente de quien alegó dependía económicamente. En su lugar, esta le fue otorgada a su hijo aduciendo el Instituto que “la posibilidad de conformar sociedades patrimoniales de hecho entre dos personas del mismo sexo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005 y según lo decidido en la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, no podía extenderse al régimen general de pensiones a efectos de dar lugar al reconocimiento de la sustitución pensional”.

Frente a esta decisión, la Corte, reiteró “la línea jurisprudencial trazada por esta corporación a través de las sentencias C-075 y C-811 de 2007, C-336 y C-798 de 2008 y C-029 de 2009, sobre varias de las cuales se ha efectuado

una detenida referencia, son claramente contestes en su argumentación: En primer lugar, vista la recurrente situación de discriminación de la que tradicionalmente han sido objeto en nuestra sociedad las personas homosexuales, que hasta hace poco tiempo fue incluso avalada de manera implícita por el Estado y la mayoría de las instituciones sociales, reitera que dicha discriminación es inaceptable a la luz de lo establecido en la Constitución Política; en segundo término, de cara a la proliferación de normas que establecen derechos y obligaciones en cabeza de los integrantes de parejas no casadas¹⁶⁹, pero que resultaban o parecían redactadas sólo para las parejas heterosexuales, se ha declarado la exequibilidad condicionada de varias de ellas, advirtiendo en cada uno de esos casos que su conformidad con la Constitución depende del hecho de que se entiendan también comprendidas dentro de los sujetos de quienes tales derechos y obligaciones se predicen, las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo. (...)

“Debe en todo caso anotarse que la proscripción de la discriminación contra las personas homosexuales y las parejas por ellos conformadas, así como las decisiones de exequibilidad condicionada que por decisiones mayoritarias de esta corporación se han adoptado, no implican para tales personas una posición de privilegio o prelación comparable a la que la jurisprudencia reconoce a las personas de la tercera edad, a los discapacitados o a los niños, sino apenas, que no es poca cosa, el pleno reconocimiento de su condición de ciudadanos, con derechos y obligaciones de igual importancia y efecto, y con idénticas oportunidades de acceso y reconocimiento que los de las personas que no comparten esa misma orientación sexual, es decir los heterosexuales”.

Así mismo, trajo la jurisprudencia que ha establecido que la vía para probar la unión marital de hecho, por ejemplo para el caso de reclamar la sustitución pensional, “es la necesidad de realizar una declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente”, diligencia que el fallecido pensionado nunca adelantó.

Sin embargo, para el caso concreto anotó que “no es posible invocar en este caso los derechos resultantes de la sentencia C-336 de 2008, por la cual esta corporación condicionó la exequibilidad de las normas sobre pensiones de sobrevivientes al hecho de que se aceptara su aplicación frente a parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que dicha sentencia se produjo con posterioridad al fallecimiento del señor José Valdemar Sánchez Prada, ocurrido el día 6 de julio de 2007”.

¹⁶⁹ La primera de estas normas es la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, la cual se expide en procura de dar respuesta a la amplia extensión del fenómeno social de la unión libre, necesidad que varias décadas atrás había registrado ya la jurisprudencia nacional. Meses después de la expedición de esta ley, la promulgación de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 establece que “la familia (...) se establece por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla”, consagra la plena igualdad de derechos entre ambas formas de familia, lo que explica que la mayoría de las leyes expedidas a partir de entonces que consagren derechos, obligaciones o regulen situaciones jurídicas relacionadas con los cónyuges, aludan también, en pie de igualdad, a los compañeros permanentes. Finalmente, frente a las normas que no incluyan esta equiparación, y especialmente frente a las expedidas antes de la vigencia de la Ley 54 de 1990 y de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha declarado en varios casos su exequibilidad condicionada, en el entendido en que se consideren igualmente aplicables a los compañeros permanentes.

En conclusión la Corte afirmó “(...) las decisiones que pusieron fin a la actuación administrativa adelantada ante el Instituto de Seguros Sociales sustentaron la negativa en el no lleno del requisito sobre declaración ante notario al cual se condicionó el reconocimiento de este derecho, y no en la imposibilidad de aplicar al caso concreto la decisión contenida en la referida sentencia C-336 de 2008” por lo tanto “entiende la Corte que tales decisiones aplicaron adecuadamente, y en lo pertinente, la esencia de la normatividad y la jurisprudencia vigentes para la fecha en que se habría consolidado el derecho pretendido, y que en tal medida la entidad demandada no incurrió en ninguna actuación vulneratoria de los derechos fundamentales del señor Corredor Palacios”.

País	Colombia
Caso	Sentencia T-388/2009
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	28/05/2009
Tema	Derechos sexuales y derechos reproductivos – Violencia contra las mujeres
Palabras clave	Aborto, derechos sexuales, educación sexual.

En esta sentencia la Corte Constitucional resuelve una acción de tutela interpuesta por una ciudadana embarazada, víctima de una violación, contra un Juzgado que conoció de su solicitud de amparo para que el sistema de salud le practicara una interrupción voluntaria del embarazo -IVE-, ante lo cual el Juzgado objeto conciencia y resolvió la solicitud de manera negativa con fundamento en sus creencias religiosas personales.

Reiterando el fallo de constitucionalidad anterior en el que declaró la procedencia de la IVE en las tres casuales y la argumentación que la llevo a tal conclusión, la Corte consideró que quedaba claro que “el juez a quo obró de manera por entero incompatible con lo dispuesto con la normatividad vigente, primero, al negarse a conocer del trámite de la tutela invocada por motivos de conciencia y, luego, al denegar el amparo sobre la base de argumentos religiosos por entero inaceptables en un Estado social, democrático, participativo y pluralista de derecho como lo es el Estado colombiano (Art. 1º de la Constitución Nacional)”.

La Sala advirtió que “por más profundas y respetables que sean las creencias religiosas de las autoridades judiciales en su ámbito personal, tales autoridades no pueden abstenerse de tramitar y decidir un caso puesto a su consideración aduciendo motivos de conciencia y tampoco pueden decidir con fundamento en

sus propias convicciones morales desconociendo la obligación en cabeza suya de decidir de conformidad con la normatividad vigente, la cual, como se indicó, comprende no sólo la ley, en sentido estricto, sino también la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia emitida en sentencias de control de constitucionalidad de las leyes y el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional cuando conlleva la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C- 335 de 2008”

“En otros términos: está vedado a quienes ejercen jurisdicción dictar lo que deben efectuar las personas en materia de valoraciones morales o abstenerse de aplicar la normatividad vigente y expedida en armonía con lo dispuesto en la Constitución Nacional, porque la consideran incompatible con sus propias creencias religiosas, morales, culturales o ideológicas. Si lo hacen, podrían incurrir en la hipótesis prevista para que se configurara el delito de prevaricato por acción. Por consiguiente surge la posibilidad de ser sancionadas penal y disciplinariamente”

Además la Corte reconoció que “la solicitud efectuada por el médico ginecólogo encaminada a exigir orden judicial previa para proceder a efectuar la interrupción del embarazo constituye una práctica inadmisibles por entero contraria a la normatividad vigente”

En la resolución, además de amparar el derecho de la accionante, la Corte urgió “al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y hagan el debido seguimiento de tales campañas para poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que estas campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos”.

Así mismo, instó “a la Superintendencia Nacional de Salud para que adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPSs e IPSs – independientemente de si son públicas o privadas laicas o confesionales - cuenten con las personas profesionales de la medicina y el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 sin incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por esta Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia – cuya existencia obstaculiza la puesta en práctica de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres”.

País	Ecuador
Caso	Acción Extraordinaria de Protección Partido Renovación Institucional Acción nacional
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	05/05/2009
Tema	Participación y Accesos a Espacios de Decisión
Palabras clave	participación política, elecciones, paridad

La representante del Partido Renovación Institucional Acción nacional PRIAN Mady Elena Gallardo Cadena interpuso una acción extraordinaria de protección contra la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral que rechazó la lista de candidatos del PRIAN a concejales para el cantón de Tosagua por no cumplir con el requisito de equidad de género.

La decisión se fundamenta en el carácter obligatorio de los mandatos constitucionales de paridad y alternabilidad que deben regir el sistema electoral, “por lo que la interpretación realizada por la accionante del artículo en referencia, atribuyéndole una connotación de posibilidad y no obligatoriedad del principio de alternabilidad, es contraria a la voluntad del constituyente, que precisamente para hacer efectivo el principio de no discriminación, adoptó regulaciones con contenidos de discriminación positiva en beneficio de la mujer, en procura de una participación política equitativa, manteniendo así la conformidad de la legislación interna con las disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Ecuador...Por lo tanto, la omisión del Estado ecuatoriano en relación a la adopción de medidas efectivas para eliminar la discriminación, implicaría una afeción de los derechos constitucionales a la participación política de la mujer”.

País	Perú
Caso	Exp. N 01575-2007-PHC/TC
Tribunal	Tribunal Constitucional
Fecha	20/03/2009
Tema	Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad
Palabras clave	Cárceles - Diversidad sexual

La demandante, quien se encuentra detenida, interpuso una demanda contra

el Decreto Legislativo N° 927, que suspendió el derecho a recibir visitas íntimas a las detenidas por el delito de terrorismo. Ante el rechazo de la demanda en sede ordinaria, recurrió la sentencia ante el Tribunal Constitucional, argumentando que el Decreto vulnera los derechos fundamentales a la integridad personal y a la no discriminación en razón del género. El Tribunal hizo lugar al reclamo.

Entre los múltiples argumentos desarrollados por el Tribunal, se describe a los deberes del Estado en relación al régimen penitenciario no sólo como “el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun bajo condiciones de reclusión...En este contexto este Tribunal estima que las visitas de familiares y amigos a los internos, particularmente la visita íntima, constituyen un importante instrumento para garantizar la función resocializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario. Por esta razón el Estado asume el deber positivo de lograr que todos los establecimientos penitenciarios del país cuenten con las instalaciones apropiadas (privadas, higiénicas y seguras) para permitir la visita íntima.”

En relación al derecho internacional y el derecho de las personas privadas de la libertad, manifiestan los jueces en la sentencia que “es de especial relevancia constatar que a diferencia de otros grupos de especial protección, sobre los cuales se han adoptado tratados internacionales específicos (niños, mujeres o minorías étnicas, entre otros), en el caso de las personas privadas de la libertad, el sistema internacional solamente ha emitido resoluciones no convencionales sobre la materia (lo que) lleva a que la fuente jurídica para su protección lo constituya el núcleo duro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...El Tribunal Constitucional es consciente de que el mayor número de violaciones a los derechos humanos que se cometen en el mundo tiene que ver precisamente contra las personas privadas de libertad, sea esto en establecimientos penitenciarios y en estaciones policiales pero también en hospitales, centros psiquiátricos y zonas de detención”. La sentencia determina además que “la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad.”

Las instituciones que integran la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género crearon en 2009 el Observatorio de Sentencias Judiciales de los Derechos de las Mujeres.

El Observatorio monitorea y difunde principalmente las sentencias de los tribunales superiores de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, con la convicción de que es fundamental pensar a nuestros respectivos países en el contexto de América Latina y compartir estrategias para la promoción de los derechos de las mujeres.

El objetivo del Observatorio es identificar en qué medida la justicia recibe y procesa los reclamos por el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres, en temas tales como participación política, trabajo, salud sexual y reproductiva, violencia, derechos civiles, entre otros.

Esta publicación presenta las principales decisiones del año 2009 incluidas en la base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales. Visítenos en el sitio de Internet www.articulacionfeminista.org

La Articulación Regional Feminista es una alianza de organizaciones no gubernamentales y sociales de América Latina que trabaja coordinadamente por la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres y la justicia de género.



MDG3Fund

