

Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho

Gioconda Herrera, coordinadora

Alda Facio
Lorena Fries
Laura Pautassi
Anunziata Valdez
Alejandra Cantos
María Judith Salgado
Rocío Salgado
Ximena Avilés

Índice

Introducción	
Gioconda Herrera	7
PRIMERA PARTE:	
FEMINISMO Y DERECHO	13
Hacia otra teoría crítica del derecho	
Alda Facio	15
Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos	
Lorena Fries	45
Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades:	
ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina	
Laura Pautassi	65
SEGUNDA PARTE:	
LOS DERECHOS HUMANOS	
DE LAS MUJERES ECUATORIANAS:	
ESCENARIOS LEGALES DE APLICACIÓN	91
El Código de la Familia:	
Retos para la vigencia de los derechos de las mujeres	
Anunziata Valdez	93

Escenario de aplicación de los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador: “Visión crítica al nuevo Código de Procedimiento Penal”	
Alejandra Cantos	99
Garantías constitucionales y derechos humanos de las mujeres	
María Judith Salgado	107
La Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y la administración de justicia	
Rocío Salgado	121
El concepto internacional de igualdad formal y la disputa en torno a la custodia de menores en el Ecuador	
Ximena Avilés	125

Escenarios de aplicación de los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador: visión crítica del nuevo Código de Procedimiento Penal

Alejandra Cantos M.*

Desde el inicio de las más elementales formas de democracia y organización social, elaborar leyes que beneficien a las mujeres, ha sido más cuestión de 'honor y resistencia' que de un justo reconocimiento a los derechos de esa 'otra mitad' que ha luchado porque los espacios conquistados se legitimen hacia dentro, con el fortalecimiento de la militancia, y, hacia fuera, en la comunidad, para que ese trabajo se vigore con leyes que garanticen que esos derechos, necesidades y reconocimiento sean respetados de manera efectiva.

La década de los 90, tuvo sin duda, logros significativos para las mujeres, pese a las dificultades que se debieron enfrentar: un Congreso cuestionado y estigmatizado por la corrupción; escuálido y desarticulado; fraccionado entre la derecha y el populismo. La presencia de mujeres parlamentarias fue mínima, aspecto que además, fue irrelevante; no se contaba, sino hasta hace poco, con la 'Comisión de la Mujer, El Niño, la Juventud y la Familia', como Comisión Legislativa Permanente. Pese a todo lo mencionado, se evidenció la presencia de un movimiento de mujeres -más que cohesionado y fortalecido- atrevido. A veces si se quiere incrédulo, pero con una clara visión de que se vivía el momento histórico para asumir los nuevos retos.

Así, se consiguió la aprobación de la Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia; las reformas de julio de 1998 al Código Penal, que modifican sustancialmente el tipo penal de la violación, la violación agravada, el acoso sexual, el proxenetismo y la corrupción de menores, entre otros. La despenalización de las prácticas homosexuales; la Ley de Maternidad Gratuita y su reglamento; la Ley de Amparo Laboral de la Mujer (las mujeres no son las únicas responsables en la formulación de esta Ley, sin embargo, es de justicia reconocer que el Congreso de 1997 recogió las iniciativas de los talleres convocados por la Coordinadora Política de

* Doctora en Jurisprudencia. Vicepresidenta de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Participa activamente en la Coordinadora Política de las Mujeres.

Mujeres con esta finalidad. Estos talleres fueron realizados en la ciudad de Quito, con juezas y abogadas de todo el país, y cuyo último borrador fue revisado en diciembre de 1996). La Nueva Constitución Política de la República, y poco antes de entrar en el tercer milenio, el Nuevo Código de Procedimiento Penal.

En la aprobación de este nuevo cuerpo legal, existen varios interrogantes que nos deben llevar a reflexionar acerca del rol que juega el movimiento de mujeres en el trabajo que desempeña desde el interior del Congreso y, con méritos, la Comisión de la Mujer. Y es que no existió en ningún momento del proceso, una coordinación adecuada que permitiera a la Comisión y a las mujeres buscar las vías de negociación más eficaces.

Primer logro

Se consiguió básicamente que se respete el derecho de las ‘víctimas’, en la misma medida que se lo hace con el derecho del ‘imputado’ (Art. 1: relativo al juicio previo; Art. 15, relativo a la igualdad de derechos), pues el nuevo Código de Procedimiento Penal tiene un eje transversal que lo constituye en el principio *indubio pro reo* que inicialmente dejaba en clara desventaja a las víctimas, al asumir desde el artículo 70, que éstas sólo tenían derecho a: “intervenir en el proceso” y a “ser informadas del resultado final del proceso, aun cuando no hayan intervenido en él”.

Segundo logro

Se consiguió que cuando el imputado no entienda el idioma español, pueda designar un traductor; y si no lo hiciera, el Fiscal o Tribunal lo nombrará de oficio, y el Estado cubrirá los costos (Art. 14: “Del traductor”).

De acuerdo con la garantía prevista en el Art. 24, numeral 12 de la Constitución Política, ésta es una de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa que tienen las personas.

Tercer logro

La propuesta inicial hace una selección en el Artículo 35, de los delitos que por la nueva estructura de este Código, serán juzgados como “delitos de instancia particular”. Entre ellos constaban la “violación sexual” y “las lesiones que produzcan una incapacidad para el trabajo de hasta 90 días.” (Art. 35).

Con antelación a que la propuesta ingresara a un segundo debate, la Comisión de lo Civil y Penal acogió la posición de las mujeres, en torno a que estos de-

litos debían mantenerse como “delitos pesquizables de oficio”. El Consejo Nacional de las Mujeres tuvo una participación decisiva y muy importante en esta gestión, así como en las anteriores y posteriores.

Cuarto logro

El derecho a no autoincriminarse. La propuesta expresaba que por el respeto que merece el derecho a la defensa, “se reconoce al imputado el derecho a no autoincriminarse”, de manera que no se pueda obtener sin su expreso consentimiento, muestras de “saliva, sangre, orina ni semen”.

El criterio de la Comisión de la Mujer en ese momento, consistía en que la obtención de los fluidos líquidos permitiría al fiscal encontrar las pruebas necesarias que relacionasen directamente al acusado con el hecho materia principal de la indagación, y que si bien el imputado podía negarse, era esa negativa -precisamente- la que daría la pauta para establecer las responsabilidades.

Las mujeres y la Comisión sugirieron que esa negativa, “constituyese una prueba en contra”, posición que no fue acogida por la Comisión de lo Civil y Penal y tampoco por el Pleno. Finalmente, el veto indicaba sin embargo, que: “no se pueden obtener sin su expreso consentimiento muestras de saliva, orina, y semen. Se exceptúa de esta prohibición la sangre.” (Art. 82).

Quinto logro

El destino de la caución. La propuesta consideraba que “hecha efectiva la caución, su monto corresponderá a la Función Judicial”.

Las mujeres planteaban que al hacerse efectiva la caución, su monta correspondería en un 50% a la Función Judicial y, en igual porcentaje, al Ministerio Público. La propuesta se sustentaba en los recursos que desde el Ministerio Público se requerirían, una vez implantado el nuevo sistema.

En principio, se había discutido en torno a que un porcentaje podía quedar en poder de las víctimas, propuesta que no fue aceptada por la Comisión de lo Civil y Penal ni por el Pleno (Art. 185).

Sexto logro

La legalidad de la prueba. La propuesta de las mujeres expresaba que

la prueba sólo tiene ‘valor probatorio’ si se la ha pedido, ordenado, practicado e incorporado al juicio de conformidad con las disposiciones de este Código. No

se podrá utilizar información obtenida con base en la tortura, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad de la persona; tampoco se utilizará la que sea obtenida mediante un agente provocador.

Ante la preocupación por aclarar el término ‘agente provocador’, se realizaron consultas y se determinó que:

para efectos de este Código, se entenderá como ‘agente provocador’ a aquella persona que para sorprender a otra en plena ejecución del delito prepara el ambiente, provoca la realización y pretende luego impedir la consumación del delito.

En el veto presidencial, al final del artículo se indicó que: “tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión de un delito” (Art. 82).

Séptimo logro

La prohibición de recusación. La propuesta pretendía que los peritos no pudieran ser recusados. El planteamiento de las mujeres expresaba que:

los peritos no serán recusados, salvo que el perito fuera cónyuge, ascendiente, descendiente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de una de las partes.

El veto dice: “Los peritos no podrán ser recusados, sin embargo, el informe no tendrá valor alguno, si el perito que lo presentó tuviere motivo de inhabilidad o excusa.” (Art. 96).

Octavo logro

Sobre el contenido del informe pericial. La propuesta buscaba mejorar el numeral tercero, que decía inicialmente: “El tiempo probable transcurrido entre el momento que se cometió la infracción y el de la práctica del reconocimiento”.

La Comisión proponía un texto alternativo que pretendía establecer el ‘nexo causal’ entre el momento en que se cometió la infracción y la práctica del reconocimiento, es decir que se buscaba que los vestigios vincularan directamente al agresor con la infracción cometida. Este espíritu se recogió en el veto que expresa:

Si en el lugar donde se deba realizar la diligencia no hubiera peritos habilitados, el fiscal nombrará personas mayores de edad, de reconocida honradez y probidad, que tengan conocimientos en la materia sobre la que deban informar. Si hubiere peligro de destrucción de huellas o vestigios de cualquier naturaleza, en las personas o en las cosas, los profesionales de medicina, enfermeros o dependientes del establecimiento de salud a donde hubiere concurrido la persona agraviada, tomarán las evidencias inmediatamente y las guardarán hasta que el fiscal y la Policía Judicial dispongan que pasen al cuidado de peritos para su examen.

Los peritos están obligados a comparecer, posesionarse, y a informar en los plazos señalados por el fiscal.

El Consejo Nacional de la Judicatura fijará las escalas de remuneración de los peritos. (Art. 97)

Otras organizaciones de mujeres, habían solicitado considerar la figura de los ‘peritos de oficio’, propuesta que no fue acogida por la Comisión de la Civil y Penal.

Noveno logro

Los jueces especiales. La Comisión de lo Civil y Penal, en el documento de segundo debate, decía: “Las contravenciones militares, policiales, de tránsito o de cualquier otra naturaleza serán juzgadas por los jueces especiales respectivos”.

La Comisión de la Mujer planteó el siguiente texto alternativo:

Jueces especiales.- las contravenciones, militares policiales, o de tránsito, de violencia intrafamiliar, o de cualquier otra naturaleza serán juzgadas por los jueces especiales respectivos.

Este texto fue acogido íntegramente en el veto (Art. 397).

Conclusiones

Estos son los logros contenidos en nueve artículos. Personalmente considero que tanto el movimiento de mujeres como la Comisión de La Mujer, El Niño, la Juventud y la Familia que lideraron nuestros planteamientos deben hacer una reflexión en torno a lo conseguido y a las legítimas expectativas de las mujeres sobre la nueva legislación. Una realidad que en muchas ocasiones no pudimos solventar, radicó en la ausencia de mujeres especialistas en el tema, con cuya presencia se pudo haber mantenido una coordinación adecuada desde la Comisión de la Mujer, con el movimiento de mujeres.

Por otro lado, no contamos con cuadros de mujeres especialistas en derecho Penal y Procesal Penal en la Comisión de Lo Civil y Penal, falencia que se hizo evi-

dente. Estos factores no desmerecen de ninguna manera, el trabajo realizado, ni afectan la imagen sólida que se proyectó hacia fuera; sin embargo, es oportuno que luego de cada proceso como éste se evalúe el trabajo, con el objeto de escribir una memoria digna del esfuerzo realizado, porque seguimos escribiendo la historia, de modo que el rendimiento de cuentas inclusive entre nosotras, sea parte de ese trabajo que de ninguna manera se agota con la publicación del nuevo Código en el Registro Oficial.

No se realizó un estudio de los planteamientos de la Comisión proponente ni en las organizaciones de mujeres. No se contó con una variedad de elementos jurídicos que se pudieran elegir para el desarrollo de textos alternativos, dada la dinámica con la que se trabaja al interior del Congreso. Éste debe ser un imperativo en las nuevas propuestas de reforma.

El principio relativo al *indubio pro reo*, eje transversal del nuevo Código, sigue siendo una ‘Espada de Damocles’ para las víctimas, pese a las negociaciones y logros obtenidos por las mujeres.

Las reformas que se han planteado a la Ley Orgánica del Ministerio Público, han de considerar precisiones básicas para disposiciones que sean fundamentales y cuenten con el perfil de los peritos y el peritaje.

En el Nuevo Código Penal, debe introducirse un capítulo asignado a la violencia intrafamiliar; si el delito es ‘fuente de obligaciones’ y al ser éste un tipo penal, se requiere pensar en su adecuación dentro de la ley sustantiva, pues es necesario dotar de operatividad al Artículo 397, por el cual se crean ‘jueces especiales’ para los casos de violencia intrafamiliar.

Hemos dado un paso más, un paso significativo en este proceso de trabajo a favor de los derechos humanos de nosotras las mujeres:

- En 1970 se reformó el Código Civil, y se suprimieron normas que hacían alusión a la ‘potestad marital’ y a una perversa clasificación de los hijos;
- en 1979, por el impulso de las mujeres, Ecuador suscribió la ‘Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer -CEDAW-;
- luego, vinieron las reformas de 1982 que institucionalizaron jurídicamente las ‘uniones de hecho’;
- en 1983, la Ley 43 mejoró en el campo civil, algunas Instituciones Jurídicas que modificaron sustancialmente la administración de los bienes adquiridos en sociedad conyugal.

A mi juicio, la década más productiva es la de los 90, por su elevada producción de leyes y reformas legales y otras iniciativas a favor de las mujeres:

- Se inició la reforma al Código del Trabajo con garantías jurídicas para la mujer trabajadora (Art. 135, 130, 154, 155, 136, 157);

- la Ley 103 (1995);
- la Maternidad Gratuita;
- la Ley de Fomento, Apoyo y Protección a la Lactancia Materna;
- las reformas al Código de Menores;
- la Ley de Amparo Laboral de la Mujer;
- la creación de las Comisarías de la Mujer;
- la Oficina de Defensa de los Derechos de la Mujer en la Policía Nacional;
- la Defensoría Adjunta de la Mujer y la Niñez en la Defensoría del Pueblo;
- las reformas al Código Penal (1998);
- las propuestas de las mujeres en la nueva Constitución Política;
- el hecho de tener una instancia en el Congreso Nacional, la Comisión de la Mujer, la Juventud, el Niño y la Familia, que consiste ya en una Comisión Legislativa Especializada Permanente;
- la Comisión de la Mujer en el Municipio;
- la creación del Consejo Nacional de las Mujeres -CONAMU- como organismo autónomo, con su Plan de Igualdad de Oportunidades que es el eje rector de las políticas públicas para mujeres;
- los planteamientos en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, y,
- la reciente reforma a la Ley de Elecciones donde se acogió la propuesta del 30% por la que también habíamos trabajado.

En fin, si es bastante no es suficiente, lo importante es que seguiremos asumiendo retos, y que haremos frente a la historia. Sin duda este milenio ya es nuestro.