

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

El concepto internacional de igualdad formal y la disputa en torno a la custodia de menores en el Ecuador

Ximena T. Avilés*

Introducción

La presente ponencia enfoca el descubrimiento del nuevo concepto de maternidad conforme a las leyes y teorías feministas que se aplican en Estados Unidos, Canadá y Ecuador y sus implicaciones cuando se trata de establecer la custodia de las hijas o hijos, a favor de uno de los progenitores. En sus legislaciones relacionadas con las disputas de custodia de menores, estos países han implementado el principio de 'igualdad formal'. Éste otorga un tratamiento igualitario a los individuos: quienes son iguales deben ser tratados como tales, de acuerdo a sus características.

Este concepto se aplica independientemente de presunciones estereotípicas relativas a las personas y a su género. Es válido tanto para individuos, al proteger el derecho a la autonomía, o para colectividades, si los miembros de un grupo social ven afectado alguno de sus derechos.

Sin embargo, a lo largo de veinte años de experimentación con este método, se han presentado nuevas teorías, pues por su rigidez, el concepto de igualdad formal ha fallado al desconocer que existen verdaderas diferencias que no permiten a los individuos competir al mismo nivel. Como consecuencia, en estas nuevas teorías se habla acerca de la 'igualdad sustantiva' la cual demanda reglas que produzcan resultados o efectos más reales. "Las reglas de la igualdad formal por lo general, no producen iguales resultados debido a las significativas diferencias en las características y circunstancias de las mujeres y de los hombres" (Bartlett 1993: 249). Quienes acuden al principio de igualdad sustantiva demandan que las leyes tomen en consideración estas diferencias, de tal suerte que se eviten injustos resultados relacionados con el género.

* M.A. Women's Studies, LL.M. International Trade Law. University of Arizona. Consultora y Directora del Área de Género del Centro Ecuatoriano de Desarrollo Ambiental -CEDA- .

El principio de igualdad sustantiva no contempla solo una, sino varias teorías que reflejan la cantidad de fuentes y los tipos de diferencias existentes, así como el número de alternativas ideales que se pueden alcanzar. La igualdad sustantiva trata de remediar los efectos discriminatorios producidos en el pasado. Por ejemplo, como solamente las mujeres se embarazan, la aplicación del principio de igualdad formal implica una desventaja competitiva para ellas. La igualdad sustantiva procura neutralizar estas desventajas laborales a través del mejoramiento de los resultados: la creación de guarderías, el derecho de ausencia mesurado y compartido con el padre, entre otros.

Por otra parte, existe un tercer principio feminista, el de ‘las diferentes voces’, que critica el derecho en sí mismo. De acuerdo a este principio, el derecho ha sido creado por quienes se han mantenido en el poder, es decir por los hombres; a ello responde la fatídica situación en que se encuentran las diferentes sociedades. Es el momento de utilizar la capacidad femenina como un valor potencial que pueda servir para mejorar el modelo organizacional de la sociedad, sin que las influencias masculinas se dejen sentir en la nueva legislación.

La legislación de la Organización de las Naciones Unidas -ONU-, a través de la Comisión de los Derechos Humanos, así como de la Comisión de los Derechos de la Mujer, ejerce presión en varios países para lograr condiciones de igualdad para las mujeres. La Convención en favor de la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (CEDAW, 1981¹) se basa en principios de igualdad formal, los cuales en determinadas circunstancias pueden resultar perjudiciales, puesto que no toman en cuenta las diferencias que la multiculturalidad provoca en el Ecuador.² Cada país tiene que presentar un reporte a la Comisión para demostrar las mejoras relacionadas con el tema mujer, en el que se incluya su condición de madres.

Como se verá más adelante, las propuestas feministas dejan de lado ciertas costumbres ancestrales como las de las madres indígenas, quienes difícilmente se separan de sus hijas e hijos. El hecho de que las mujeres deban enfrentar solas la responsabilidad de la crianza y educación de los menores es visto como un obstáculo para su desarrollo individual y profesional.

El objetivo del presente estudio es el de vislumbrar la problemática que provoca la influencia de ciertas leyes internacionales estandarizadas que se aplican no sólo en países como Estados Unidos o Canadá sino también en otros multiculturales, como el Ecuador. Este trabajo analizará cómo el principio de igualdad formal puede generar desigualdades e injusticias a propósito de las disputas sobre custodia

1 *Convention for Eliminate Discrimination Against Women -CEDAW-* (por sus siglas en inglés).

2 Como ejemplo de algunos de los artículos que ejercen presión a favor de la igualdad de los sexos a través de la igualdad formal, se cita el Art. 16.1. de la CEDAW. “Los Estados deberán tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación en contra de la mujer en las relaciones matrimoniales y de familia y en particular, deberá asegurar, sobre la base de la igualdad entre los hombres y las mujeres” (Traducción de la autora).

de menores en los Estados Unidos, Canadá y Ecuador. Se cuestionará qué tan anacrónicos pueden resultar los efectos que produce una ley con ideas preconcebidas acerca de la familia nuclear y las relaciones de la familia misma.

La legislación ecuatoriana debe hallar concordancia con las necesidades de una población multicultural, hecho que favorecería la condición de las mujeres ecuatorianas en relación con sus disputas referidas a la custodia de sus hijas e hijos. La intención es buscar respuestas locales para poder resolver requerimientos globales abstractos.

Situación legal en el Ecuador

En el Ecuador, es a la madre de las hijas o hijos que no han alcanzado aún la pubertad a quien se le asigna su custodia cuando se divorcia del padre. Las hijas mujeres quedarán al cuidado de la madre hasta que cumplan la mayoría de edad. Los niños varones podrán elegir custodia, una vez alcanzada la pubertad (Art. 107, Código Civil).

Por lo expuesto, se asume que la madre es la responsable directa de la crianza de sus hijas e hijos. En muy raras ocasiones, se le consulta si desea o no continuar con la educación y crianza de los menores; la opinión de la madre por lo general, no es tomada en cuenta. Sin embargo, en la actualidad se vislumbran procesos de cambio en esta situación ante la presencia de casos en los que la madre no desea asumir la responsabilidad de criar a los menores. Desafortunadamente, para lograr un resultado favorable a este pedido, tendrá que declarar que se siente incapaz de cuidar de sí misma y peor aún de su descendencia. Al parecer, esta es la única alternativa para las madres que no desean tener esta responsabilidad.

El concepto de maternidad ha cambiado mucho, a la par que el rol de la mujer en la sociedad, hecho que debe ser tomado en cuenta para hallar alternativas que den respuesta a estas situaciones y no se provoque un vacío legal. De esta manera se evitaría la aplicación abstracta y generalizadora de normas internacionales que existe actualmente en la legislación ecuatoriana.

Estados Unidos y Canadá: el desarrollo de las doctrinas de custodia infantil

Hasta el siglo XIX, las mujeres de estos países no ejercían ningún derecho sobre su descendencia. En caso de divorcio, si las madres abandonaban el hogar, ellas perdían su hogar y sus hijos e hijas. En ese tiempo las mujeres trabajaban y daban a luz, mientras que los hombres manejaban el poder. Un famoso jurista británico, Sir William Blackstone afirmaba lo siguiente: “La madre como tal, no tiene poder sino solamente deber de reverencia y respeto” (Crean 1988: 20). Se conoce a esta época como la de ‘ausencia de los derechos maternos’.

Con los cambios que trajo la Revolución Industrial como la intensa migración de la población del campo a la ciudad, la tradición rural de la familia ampliada se redujo a la llamada ‘familia nuclear’. En este tipo de familias, especialmente en las de la clase media alta, las mujeres y los niños pasaron a ser parte de la vida privada de los hogares (Davin 1997: 53).

Esta coyuntura condujo a la sublimación de la maternidad, principalmente entre los miembros de las clases medias y altas de la población blanca de los Estados Unidos y Canadá, así como de ciertas zonas europeas. También emergió por tanto, la tendencia a reconocer los derechos maternales. En 1917, las provincias occidentales de Canadá introdujeron una de las más radicales revisiones a las leyes de custodia legal, el Estatuto de Igualdad de Custodia que reconoció la equidad en el derecho de los padres en cuanto a la custodia de sus hijos (Crean 1988: 20).

La situación en los Estados Unidos de Norteamérica fue igual. Los jueces comenzaron a emitir resoluciones en favor de las madres, bajo la idea de que los menores se desarrollan mejor en la convivencia con mujeres solas antes que con hombres solos. Este período es conocido en la doctrina legal como ‘los años de la ternura’. Se consideraba que las madres estaban mejor equipadas que los padres para el cuidado de las niñas y niños; es decir que se mantenía el punto de vista patriarcal sobre la maternidad, basado en lo que se conoce como ‘determinismo biológico’.

Para las décadas de los 60 y 70, cuando nace el pensamiento feminista, los movimientos que se respaldaban en esta tendencia empezaron a protestar en contra de la idea del determinismo biológico. Buscaban la independencia de la mujer y el reconocimiento de su capacidad para obtener su propia autonomía. Planteaban que el principio del ‘instinto maternal’ les impedía realizar sus ideas de liberación y que ellas necesitaban recobrar su autoestima después de haber estado atrapadas en el hogar como amas de casa sin ningún reconocimiento económico (Friedan 1963).

Las propuestas lanzadas en la época de la liberación femenina dieron como resultado que las resoluciones que se tomaron en cuanto a la custodia de los menores, se basaran en un nuevo principio conocido como ‘el mejor interés del niño o la niña’ (*the best interest of the children*). El principio de igualdad de los sexos permitió inclusive que en los Estados Unidos se aplicara la cláusula de protección de la igualdad en la Constitución Federal. La asignación de la custodia a favor de la madre por el mero hecho de ser mujer, se veía como una violación a la igualdad de los sexos.

Según Crean, al aplicarse el mejor interés del menor se ingresó en una etapa “obscura y confusa” (*grey area*), pues por mucho tiempo la custodia le fue asignada al padre, luego a la madre y finalmente, a quien estableciese mejores vínculos con los niños o las niñas. Para la asignación de la custodia, los jueces toman en cuenta el estado emocional del menor, su deseo, la capacidad del padre o de la madre para el cuidado, en donde se incluyen sus condiciones emocional y financiera.

El hecho de probar la preferencia del menor se ha convertido en todo un acontecimiento en el cual intervienen profesionales de toda índole: sicólogos, siquiátras, trabajadores sociales, mediadores, etc. Esta etapa es conocida como la de 'desjudicialización del proceso'. Sin embargo, como opina Crean, las mujeres se encuentran en desventaja pues la mayoría de los jueces son hombres. Las madres por lo general, tienen inferiores condiciones financieras en relación a los padres, dado el prejuicio existente en contra de las mujeres trabajadoras. Por último, el criterio sobre quién se vincula mejor con los menores ofrece una amplia flexibilidad que puede dar paso a la toma de decisiones injustas.

El nuevo criterio de *joint custody* ha emergido tanto en los Estados Unidos como en Canadá. Es un mecanismo mediante el cual los padres no solamente comparten la custodia legal del menor sino también la física. Fineman considera que este moderno sistema es un retroceso, pues otorga al menor el tratamiento de una propiedad que se divide en partes iguales (Fineman 1987; Crean 1988: 163, 164).

Susan Crean observa que el impacto social, financiero y psicológico en el que las mujeres se ven envueltas en las disputas frente a los hombres por la patria potestad de sus hijos e hijas, les resultan perjudiciales. Como producto del balance realizado a las leyes de tenencia y custodia de menores se deduce que es importante no idealizar la imagen de la madre natural pero tampoco dar por hecho que los padres deban asumir automáticamente la custodia de las hijas o de los hijos. En la búsqueda de soluciones, es importante tomar en cuenta a las mujeres que no desean ser madres a tiempo completo y brindarles apoyo en su decisión. Sin embargo, en la práctica, estos no son los casos más comunes. Es esencial evitar que las madres pierdan la custodia de sus hijas e hijos en contra de su deseo y que los padres la asuman sin ninguna evidencia de su convencimiento para responsabilizarse por la crianza de los menores.

Se puede observar a través de este estudio, que la ley no cubre las necesidades de todos, al contrario, tiende a establecer generalizaciones. La historia de cómo la ley se produce y reproduce, independientemente de los requerimientos de la individualidad de las personas involucradas, es algo que la nueva generación de abogados y abogadas tiene que enfrentar, especialmente las mujeres abogadas. Es importante que los legisladores comprendan que las mujeres experimentan las instituciones jurídicas de la maternidad de diversas maneras, de acuerdo a las distintas sociedades y culturas. El hecho de que vivamos en la posmodernidad no quiere decir que no podamos hablar de la ley, al contrario, esta realidad requiere que se haga referencia al tema y de una forma diferente.

Ecuador

Es importante estudiar las experiencias de Canadá y Los Estados Unidos pues la influencia directa o indirecta de estos países sobre los movimientos que trabajan por los derechos de las mujeres en el ámbito internacional, es innegable. La ONU ha implantado principios ‘universales’ y ‘abstractos’, basados en el concepto de igualdad formal, que se aplican en los sistemas norteamericanos.

En otras palabras, durante el proceso de adaptación y traducción al aplicar las técnicas del Derecho Comparado, no se requiere estudiar solamente lo que las mujeres ecuatorianas necesitan, sino también investigar si su cultura en particular, podrá responder efectivamente a los diferentes cambios que se proponen a favor de la igualdad. Igualdad que se debe alcanzar a través de la búsqueda de respuestas efectivas que no afecten su cultura y necesidades particulares.

En el Ecuador, al igual que en los sistemas jurídicos mencionados -entre los que se incluye también el francés- se han derogado en lo posible, la mayoría de las normas que mantenían este anacrónico sistema patriarcal y patrimonial que disminuía la situación de la mujer. Si hacemos una comparación con el sistema estadounidense, se puede decir que esta situación responde a la doctrina de los *tender years* (años de la ternura). Ya llegará el momento en que se revisen las doctrinas sobre custodia y patria potestad.

La situación social ecuatoriana es diversa, es importante tomar en cuenta este particular antes de proceder a la simple importación de normas, que a la hora de su aplicación, poco o nada tienen que ver con la realidad social existente.

El Ecuador es un país multicultural en donde si bien gran parte la población es mestiza, existe un gran número de grupos campesinos e indígenas con otra idiosincrasia, e inclusive, otro idioma. El reto radica en entender estas diferencias sociales y culturales, para, en el momento del cambio, resistir a la extraordinaria simplificación construida socialmente sobre la idea de la mujer. Esta simplificación -diríamos masificación- se refleja en la legislación. Leyes que fueron importadas y que a través del tiempo se han modificado bajo la estructura nacionalista, han reflejado básicamente los intereses del Estado, más no los de la población.

Como ejemplo de esta disociación se presenta un estudio de caso de las mujeres de una comunidad campesina en Cangahua. En lo referente a la condición étnica de las mujeres, el 89% fueron clasificadas como indígenas y el 11% como mestizas. Para la clasificación se tomaron en cuenta en mayor medida, los aspectos culturales que los raciales.

Cangahua es una zona donde los grupos indígenas guardan gran cohesión cultural: el vestido, el idioma, las costumbres, etc., lo cual denota claramente el origen étnico de este grupo. El sector mestizo, que emerge históricamente de la unión del blanco con el indígena, se distingue por su situación económica y social así como por sus rasgos culturales: vestimenta, costumbres y hábitos de tipo “occidental” (Estrella 1991: 38).

Este grupo de extracción indígena, vive lo que se podría llamar una 'simbiosis legal', pues dentro de esta comunidad se mantiene el matrimonio aborigen, *sirvinato* o *sirvinacu*, cuya finalidad es la de probar la capacidad reproductiva de la mujer y la capacidad de trabajo del varón. Esta es una modalidad de unión por medio de la cual la comunidad trata de reproducir sus propios esquemas con base en la reproducción de sus miembros. Solamente cuando el varón comprueba la capacidad reproductiva de la mujer, la pareja procede a legalizar su situación bajo las normas civiles 'occidentales', es decir, el matrimonio legal. Sus costumbres se han visto forzadas a cambiar en favor de las leyes nacionales en el momento de formalizar sus uniones frente al Registro Civil.

Cuando las mujeres de Cangahua inscriben a sus hijos en el Registro Civil, ellas aparecen como 'madres solteras', pese a considerarse a sí mismas como casadas pues ya han pasado por el *sirvinacu*. Esta situación representa un conflicto para estas mujeres pues legalmente pasan a ser las únicas responsables de la crianza de sus hijos y pierden su derecho a cualquier reclamo por alimentos en lo posterior.

Este es uno del sinnúmero de ejemplos de situaciones en las que la ley no respeta la diversidad cultural. La ley ha extendido sus dominios 'occidentales' hasta estas comunidades, de tal suerte que su influencia ha destruido buena parte del sentido de comunidad, rasgo considerado fundamental en la caracterización de estos grupos.

Según Estrella, las comunidades indígenas se han aislado como método defensivo frente a las otras realidades. Consideran que así las mujeres se hallan más 'protegidas' frente a los mitos y tabúes sobre la sexualidad que maneja la sociedad 'occidental'. Sin embargo, esta situación las margina de sus posibilidades de crecimiento individual.

Cabe remarcar, por otro lado, la importancia que tienen los hijos en estas comunidades, pues les significan la recreación de los valores de la familia, la historia y la cultura. Un hijo es considerado en las comunidades indígenas, como una persona más, que permite a la comunidad mantener los nexos tradicionales con la naturaleza, además de representar un brazo más para el trabajo comunitario.

Ante los preceptos de la legislación vigente, estas comunidades viven al margen de la ley, sus principios y estilos de vida no están representados en las normas establecidas. El caso analizado, es uno de tantos ejemplos de muchas otras comunidades con características propias.

Se evidencia que en el proceso de colonización y en el posterior, de independencia, los sentimientos nacionalistas han marcado la pauta. La ley refleja estos intereses, pues al crearse la nueva nación poco o nada se rescató de las costumbres existentes, es decir de lo que en doctrina jurídica se llama 'la costumbre'. Los grupos que se encontraban en el poder importaron la legislación sin respetar las costumbres existentes, así, las relaciones de género fueron afectadas, especialmente las de la mujer, que incluyen también a la mujer urbana.

Conclusiones

En la búsqueda de una mejor situación para las mujeres ecuatorianas, afectadas actualmente por condicionamientos sexuales y económicos, la respuesta debe venir de ellas mismas y basarse en un acercamiento multicultural, no generalizador.

En el momento de encontrar el mejor camino para enfrentar las disputas de custodia de menores, es importante que se tomen en cuenta principios como el de la igualdad sustantiva que espera efectos prácticos y coherentes. Será importante también que ingresen voces diferentes que permitan enfocar la realidad multicultural.

Los movimientos internacionales a favor de los derechos de las mujeres han promovido su autonomía e independencia a través del principio de igualdad formal, sin embargo, para lograrlo se tendría que cambiar las actitudes presentes que caracterizan la estructura social ecuatoriana, siempre y cuando exista ese interés entre las mujeres. De lo contrario, se podría caer en el error muy común de importar leyes sin hacerlas pasar por los filtros necesarios que requiere un determinado lugar geográfico con culturas diversas.

Si la que se aplica actualmente en el Ecuador es la teoría de la igualdad, cuya vigencia se ve facilitada por el principio de igualdad formal, establecido en art. 22 numeral 6 de la Constitución ecuatoriana, por lógica se puede argumentar que las resoluciones sobre disputas de patria potestad están siendo discriminatorias, pues deberían ser opcionales tanto para las madres como para los padres, independientemente de la edad y sexo del menor.

Más aún, si se aplica el concepto teórico de igualdad formal de los sexos para la resolución de disputas de custodia, tal como se establece en la Constitución ecuatoriana, se producirían un conjunto de disparidades. Estas disparidades se basarían en aspectos relacionados con la raza, la clase, la identidad y el estatus económico de las mujeres. Sin embargo, dadas las circunstancias reales de la sociedad, desde el punto de vista económico, las mujeres perderían la custodia de los menores con gran facilidad, pues pocas son las que han logrado alguna independencia en este sentido.

Por lo tanto, de aplicarse este principio, la posibilidad de perder la custodia de sus hijas e hijos no resultaría difícil. Hasta la fecha, la mayoría de las mujeres ecuatorianas se han formado con la idea de que su rol primario es el de la maternidad. Por lo tanto, la posible pérdida de la tenencia de sus hijas e hijos podría provocarles un impacto emocional muy fuerte. Así, si se consideran las realidades sociales y culturales, el hecho de crear cambios radicales como la utilización de la doctrina del mejor interés del menor o la llamada *joint custody* podría traer resultados desastrosos.

Por otra parte, el principio de igualdad formal no toma en cuenta las diferencias en los estilos de vida de las mujeres, como es el caso del ejemplo de la comunidad de Cangahua, así como en los de otros grupos rurales. En la mayoría de los

casos, entre las mujeres indígenas son las madres quienes se encargan del cuidado de sus niñas y niños.

Estos aspectos serán importante materia de investigación para el futuro, puesto que las diferencias basadas en el género, raza, clase, integridad cultural e identidad deberán ser tomadas necesariamente en consideración. Observar los principios establecidos por la igualdad sustantiva, que se orientan con mayor énfasis hacia la obtención de resultados prácticos y reales, así como el principio de relativismo cultural, que incluye la doctrina conocida como ‘diferentes voces’, es altamente recomendable. De esta manera, se evitaría caer en el error de la importación de leyes -o el llamado ‘imperialismo feminista’- que no reflejen el deseo y sentimiento de las mujeres ecuatorianas, caracterizadas por su realidad multicultural.

Buena parte de los argumentos presentados en esta ponencia se encuentra reflejada muy sucintamente en el ilustrativo artículo: ‘*Under Western Eyes*’³ en el que se plantea que la mujer de los países en vías de desarrollo no solo tiene que enfrentar dos proyectos simultáneos: la crítica interna de la influencia del pensamiento feminista occidental y la formulación de estrategias autónomas, basadas en principios feministas, geográficos, históricos y culturales propios (Chandra 1991).

Bibliografía

- Bartlett, Katherine T.
1993 *Gender and Law. Theory, Doctrine, Commentary*. Little Brown and Company.
- Chandra Talpade, Mohanty
1991 *Under Western Eyes, Feminist Scholarship and Colonial Discourses*. Indiana University Press.
- Crean, Susan
1988 *In the Name of the Fathers, The Story Behind Child Custody*. Toronto: Amaniita Enterprises.
- Davin, Anna
1997 Imperialism and Motherhood, en Ann Laura Stoler y Frederick Cooper (Editores) *Tensions of Empire: Colonial Cultures in a Bourgeois World*. Berkeley: University of California.
- Estrella, Eduardo
1991 *Función maternal y sexualidad: un estudio en mujeres de una población campesina de la provincia de Pichincha*. Quito: Abya-Yala.

3 “Bajo los ojos de Occidente”. Traducción de la autora de esta ponencia.

Fineman, Martha L.

1987 Dominant Discourse: The Professional Appropriation of Child
Custody Decision Making. *Working Papers*. Madison Wisconsin: Institute for Legal Studies.

Friedan, Betty

1963 *The feminine Mystique*. New York: W.W. Norton & Co.