

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES –SEDE ECUADOR
PROGRAMA DE GÉNERO Y DESARROLLO
2005-2007

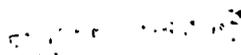
**TEORIA Y PRÁCTICA DEL PODER PUNITIVO: JUZGAMIENTO DE LOS
DELITOS SEXUALES EN EL ECUADOR**

**La experiencia del proyecto “Fortalecimiento de la vigencia de los Derechos
Humanos de las mujeres por una vida libre de violencia”**

**POR: CECILIA F. MEDINA MORENO
ASESORA: GIOCONDA HERRERA**

QUITO, JULIO DE 2007

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES –SEDE ECUADOR
PROGRAMA DE GÉNERO Y DESARROLLO
2005-2007



**TEORIA Y PRÁCTICA DEL PODER PUNITIVO: JUZGAMIENTO DE LOS
DELITOS SEXUALES EN EL ECUADOR**

**La experiencia del proyecto “Fortalecimiento de la vigencia de los Derechos
Humanos de las mujeres por una vida libre de violencia”**

POR: CECILIA F. MEDINA MORENO

ASESORA: GIOCONDA HERRERA

QUITO, JULIO DE 2007

A Iván, Cecilia, Irina, y Jennyffer

Y mi agradecimiento para CEPAM-Quito, las fundaciones que participaron para que esta experiencia sea recabada y para FLACSO-Ecuador a través de Gioconda Herrera y Mercedes Prieto, quienes me brindaron esta maravillosa oportunidad.

ÍNDICE

0.	Síntesis.....	4
I.	Derecho y Género: Enfoques e investigaciones.....	5
1.1	Poder Punitivo y Derecho.....	5
1.2	Posturas del Feminismo frente al Derecho.....	7
1.3	Estudios en el Ecuador.....	13
II.	Principios del Derecho Penal: ¿Cómo opera en materia de delitos sexuales?	16
2.1	La forma del Derecho Penal sexual.....	16
2.2	La importancia de la Illusio.....	19
2.2.1	El mundo doctrinario.....	23
2.2.2	La ciencia de las víctimas.....	27
2.2.3	El campo judicial.....	28
III.	Juzgamiento y Justicia	31
3.1	El acceso a la Justicia como derecho.....	31
3.2	El proyecto “Fortalecimiento de los Derechos Humanos de las Mujeres por una vida libre de violencia”.....	32
3.2.1	Tipos de delitos sexuales y estado de los procesos.....	33
3.2.2	Entorno institucional del proyecto que influye en los procesos.....	37
3.3	Principales barreras para el acceso al derecho a la justicia.....	41
3.4	Casos paradigmáticos.....	48
IV	Conclusiones: Los límites del Derecho –los problemas de la violencia en los delitos sexuales.....	55
V	Bibliografía.....	61

Síntesis

La investigación sobre delitos sexuales en el Ecuador se enmarca en el trabajo realizado por el proyecto “Fortalecimiento de los Derechos Humanos de las mujeres por una vida libre de violencia” ejecutado por cinco fundaciones: CEPAM-Quito, María Guare en Guayaquil, Corporación Mujer a Mujer en Cuenca, Nuevos Horizontes en Portoviejo y FODIMUF en la ciudad de Esmeraldas.

La evaluación de este proyecto contemplaba la investigación sobre los delitos sexuales, el estado de los procesos y las barreras que las mujeres deben sortear para acceder al sistema legal; sin embargo esta investigación inicia con un proceso de auto-examen sobre el Derecho mismo como lenguaje cargado de una violencia intrínseca, que determina la concepción de “delito” y “sexual” desde los preceptos básicos de la teoría penal. Esto determina la forma en que se desarrollarán en el sistema procesal penal ecuatoriano, así como las prácticas de los operadores de justicia.

Las conclusiones de esta investigación no sólo se remiten a las barreras para acceder al sistema de administración de justicia, también instan a contemplar y construir un nuevo derecho penal sexual que reconstruya la forma y fondo de concebir el delito y a las mujeres.

I.

DERECHO Y GÉNERO: ENFOQUES E INVESTIGACIONES

El presente capítulo pretende recorrer raudamente las principales discusiones y aportes desde la teoría penal y la teoría feminista sobre el derecho penal y la violencia sexual.

Presentado así, en primer lugar comentaré el propio título de la tesis y así iniciar al lector en los objetivos y limitaciones del mismo, siendo este último principalmente la gran dimensión del tema de violencia sexual al igual que en los delitos sexuales. Por esta razón preciso en estas primeras líneas, que la investigación se enmarca en la experiencia del proyecto “Fortalecimiento de la vigencia de los Derechos Humanos de las mujeres por una vida libre de violencia” que ejecuta actualmente el Centro ecuatoriano para la promoción y acción de la mujer CEPAM-Quito, que se encarga principalmente de brindar apoyo legal, psicológico y de servicio social a las víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar.

Y finalmente señalaré algunas investigaciones que han servido de base para iniciar este trabajo que tratan temas específicos sobre violencia sexual en América Latina y en el Ecuador, como violencia sexual en mujeres refugiadas, mujeres kichwas, violencia sexual en zonas urbanas, por mencionar algunos temas, que ayudan a comprender la magnitud del problema así como argüir por qué es importante estudiar la violencia sexual dentro del subsistema legal.

1.1 Poder punitivo y el derecho

El título -teorías y prácticas del poder punitivo- se debe al interés de explorar cómo los principios del derecho penal aplicados en el Ecuador y sus prácticas en las instituciones que conforman el sistema de administración de justicia establecen una mecánica sui generis en el juzgamiento y sanción de los delitos sexuales, que se encuentra entre la exigencia de ser eficientes en la medida de un mayor número de casos sentenciados con penas severas y al mismo tiempo responder a principios de garantías procesales y fundamentos filosóficos pro reo.

La sociología del derecho ha manifestado que la relación del derecho penal y el poder punitivo está en crisis, porque el castigo no responde al sistema de garantías ni en la disminución de los delitos.

Eugenio Raúl Zaffaroni advierte que el poder punitivo no ha existido siempre, en tanto la resolución de conflictos poseía un carácter reparador o dirimente. Tras la exclusión (o confiscación) de la víctima del escenario penal por parte del *dominus*

(actualmente el Estado) se constituyó la capacidad de castigar en razón de ofender a quien poseía el poder político, quien seleccionó los actos y procedimientos para establecer sanciones y disciplinar a los sujetos. (Zaffaroni; 2000:21)

Para Bourdieu el poder punitivo constituye uno de los capitales del campo jurídico, en donde el Estado, a través de distintos agentes, tendrá el monopolio de esta violencia legítima, que se estructura tanto por las reglas del campo como por el sistema de principios de visión y división que se establecen en las leyes fundamentales comúnmente llamadas *constituciones*. (Bourdieu; 2000: 182)

El limitar este poder punitivo en las manos de un solo ente político bajo principios que regularán las circunstancias del uso de la violencia, se conforma el derecho penal liberal: un sistema que conjugue el ejercicio del poder punitivo y al mismo tiempo un sistema de garantías al sujeto.

El sistema de garantías implicó principios de legalidad procesal, basada en la protección de bienes personales -donde se incluye la vida, salud, honor, integridad sexual, y libertad- y bienes patrimoniales (Muñoz Conde; 1995: 46)

Las políticas criminales en el siglo XIX exigían una adaptación del derecho penal a un método científico que prevenga los delitos y la identificación de los delincuentes como tales, lo que resultará en el nacimiento de una ciencia: la criminología y una política estatal: la política criminal, que conllevó a un *derecho penal del enemigo* y la construcción del delincuente como un ser anormal o desviado.

Las críticas al derecho penal provenientes de los discursos antidiscriminatorios del siglo XX intentan romper con estos preceptos criminológicos y realizan desde diversas posiciones una crítica al derecho penal en medio de una nueva ola de exigencias de mayor seguridad y endurecimiento de la política criminal. (Larrandart; 2006: 12)

Me detendré brevemente a puntualizar, que estas exigencias provenientes de la sociedad, han provocado una *expansión del derecho penal*, cómo lo expone Jesús María Silva Sánchez, (Lascano; 2000: 163) que ocasionan un crecimiento *insostenible* del derecho penal.

“En la actualidad el Derecho penal sustantivo está creciendo en los siguientes tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes; segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones; y, tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del derecho penal distintas de los Estados. Asimismo, en el

ámbito del proceso penal se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global de la persecución del delito¹”

Carlos Lascano suma a esto los desafíos que se enfrenta el derecho penal en medio de las exigencias y los cambios sociales: a) Llegar a un equilibrio entre la eficacia de sus normas y procedimientos para evitar delitos y el disminuir casos de impunidad; y b) Mantener un sistema de garantías que defienda el respeto a la dignidad humana y los derechos humanos. (Lascano; 2000: 169)

La política criminal también debe responder a hechos y actos provenientes de sociedades complejas como nuevos delitos económicos, crimen organizado a escala global, de defensa territorial, o delitos de carácter ecológico.

Mientras que los sistemas de juzgamiento, en medio de esta expansión del derecho penal, han afectado de manera diferente a los estados; por un lado se establece un sistema mucho más eficiente en países donde el desarrollo económico y social ha sido más equitativo, mientras que los países menos equitativos, posean o no mayor desarrollo económico, el sistema sólo ha provocado la profundización de la injusticia y una especie de selección perversa sobre los sectores excluidos, de tal manera que las medidas judiciales y policiales han recaído en toxicómanos, inmigrantes, minorías étnicas, en una especie de “criminalización de la pobreza”.

Cómo se verá en las subsiguientes secciones, las sentencias en casos de delitos sexuales también responden a este fenómeno, pues la mayoría corresponden a personas de escasos recursos económicos.

1.2 Posturas del feminismo frente al Derecho

No existe una sola posición del feminismo frente al derecho, a continuación tomaré las síntesis² sobre las principales posturas críticas feministas:

¹ Citado en LASCANO Carlos Julio “La insostenible modernización del derecho penal basada en la tolerancia cero desde la perspectiva de los países emergentes”, pág. 163 Argentina, 2000

² Basado en el artículo “Hacia otra teoría crítica del Derecho” de Alda Facio, publicado en “Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho”, Herrera Gioconda (comp), FLACSO sede Ecuador, Quito, Ecuador, 2000, Pág. 15 y artículos publicados en “Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal”, Haydée Birgin (comp.), Biblos, Argentina, 2000.

Tabla 1. Enfoques del Feminismo frente al Derecho

Enfoque	
Empirismo feminista	El androcentrismo puede ser corregido con una aplicación correcta de las reglas de investigación científica e inclusión de las mujeres en la ciencia y el derecho, que permita alcanzar la racionalidad, objetividad, abstracción y otros criterios de la ciencia moderna
La teoría del punto de vista feminista	Tanto la ciencia como el derecho son estructuralmente masculinos, la estrategia feminista es revalorar el punto de vista femenino
Pensamiento contextual Teoría crítica del derecho	Decostruye el pensamiento dicotómico y la división de las esferas de la vida social para reconstruir una subjetividad andrógina

Estos enfoques reflejan el avance en el propio pensamiento feminista; en tanto los primeros simplifican el problema de discriminación a la incorporación de mujeres en la esfera pública y un trato igual en la legislación, pero no cuestiona sus postulados básicos.

Los subsiguientes son criticados por Carol Smart por ser esencialistas, es decir no son capaces de responder a las contradicciones internas de la ciencia y el derecho; y al reconocer *un* punto de vista feminista se excluye la experiencia de las mujeres desde otras discriminaciones en razón de raza, nacionalidad, clase, edad, o discapacidad.

Finalmente, el Postmodernismo feminista pretende superar estos problemas a través del reconocimiento de la *relatividad histórica* y negociabilidad de las cualidades y valores que son atribuidos a los géneros; *la transversalidad* de las desigualdades y diferencias existentes dentro de los grupos de mujeres y varones y; *la flexibilidad y redefinibilidad* de los límites entre las esferas de la vida social (Baratta; 2000: 51).

Por tal razón la Teoría Crítica del derecho posee características que permiten un análisis no sólo de las leyes existentes sino de su aplicación sea en acción u omisión, y busca comprender cómo el sistema patriarcal pasa por las organizaciones jurídicas - y cómo lo expresa Facio- el dar impulso a una nueva rama del derecho, el Derecho de la Mujer. (Facio; 2000: 37)

Bajo estas críticas, el derecho se mira esencialmente violento para la resolución de los conflictos sociales, y que a partir de los años 70' la jurisprudencia feminista, como

disciplina académica, empieza a analizar desde tres áreas: la dogmática jurídica, la teoría del derecho y la crítica jurídica.

Esta disciplina tiene por objetivo conocer el papel que el género desempeña en la creación y aplicación del derecho (Emmenegger; 2000: 38) y posee un especial interés en el derecho penal por cumplir una importante función en la construcción de representaciones sociales y poseer un carácter tan ambiguo y fragmentario como el transitar por el ámbito de la protección de derechos y al mismo tiempo brindar un tratamiento agresivo a través de las prácticas judiciales y el ordenamiento legal (Rodríguez; 2000:142)

Las posiciones de la criminología crítica y los feminismos frente al derecho penal son antagonicas y se puede resumir en³:

Tabla 2. Posturas del Feminismo y la Criminología frente al Derecho Penal

Posturas feministas	Justificación	Criminología Crítica
A favor del uso del sistema Penal	El derecho penal es uno de los lugares donde se organiza y expresa el poder Es un mecanismo que problematiza y visibiliza el problema de la violencia contra las mujeres a través de la tipificación como por ejemplo la violencia doméstica Principales exponentes: Gerlinda Smauss	Aportes: El discurso del derecho se basa en la igualdad y defensa de intereses sociales, su funcionamiento es opuesto al ser selectivo en la protección sujetos y reproduce las relaciones jerárquicas de la sociedad patriarcal.
Abolicionismo	El derecho penal responde a quienes ostentan el poder lo que produce estigmatización a los sujetos, no satisface a las víctimas, refuerza la ideología patriarcal, coloca a las mujeres en posición de víctimas	El derecho penal tiene como función la construcción de la criminalidad a través de la tipificación, lo que provoca la persecución de ciertas personas más que la persecución de acciones u omisiones.
Intervención penal mínima	Es necesario utilizar el derecho penal sobre aquellas conductas que impliquen graves daños y amenazas para la integridad y libertad de las mujeres. Rescata el valor de los efectos simbólicos que posee el derecho penal	

³ Rodríguez Marcela, "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas", en Haydée Birgin (comp), "Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal", Biblos, Argentina, 2000.

Estas posiciones se enfocan en el carácter punitivo del derecho penal, en la línea que limita a una reforma legal para la protección y la no suficiencia de la idea de castigo como forma razonable de reaccionar ante el delito.

Gerlinda Smauss aboga por el uso del derecho penal como mecanismo para visibilizar la violencia a la que están sometidas las mujeres, mientras que las abolicionistas contemplan a un derecho penal ineficaz para resolver los conflictos sociales y sólo los lleva hacia un lugar invisible del sistema social. (Rodríguez; 2000: 144)

Smauss también considera que la posición abolicionista no responde a las necesidades de las mujeres, especialmente sobre problemas de violencia sexual ya que es una postura integrada mayoritariamente por hombres que se aplicaría a favor de otros hombres (Bovino; 2000:181)

La propuesta de la intervención penal mínima ante el problema de la violencia sexual es sumarla a los delitos de acción pública, aunque a través de las normas y prácticas judiciales se controle la sexualidad de las mujeres y califique explícita o implícitamente quiénes son meritorias de protección.

Propiamente los estudios de género se han servido de estas posturas para elaborar investigaciones que critican la violencia intrínseca del derecho en las normas y procedimientos, las prácticas discriminatorias de los operadores de justicia, el uso del lenguaje, sus implicaciones, y los procesos de criminalización (Caro; 2000:35); y al mismo tiempo la creación y consolidación de estrategias en el campo jurídico para fortalecer la equidad de género, la lucha contra la violencia en el espacio privado, y el reconocimiento de la igualdad y libertad.

Todo este marco de estudios ha contribuido a la visibilización del carácter sexual del derecho penal, por una intervención desigual en razón del sexo, creación de estereotipos de género y una retroalimentación en la práctica legislativa y judicial cargada de valores androcéntricos; frente a una constante lucha con un marco jurídico-ético proveniente de la Declaración de los Derechos Humanos, las convenciones de la Cedaw o Belem do Pará. (Arroyo; 2002:35)

Estos estudios resaltan el carácter contradictorio del derecho penal porque “Parece trasladar a un segundo plano la misión de prevención y tutela de los bienes jurídicos, rasgos de un derecho penal simbólico que no protege suficientemente a la víctimas”⁴

⁴ Caro Coria Dino Carlos, “Acerca de la discriminación de género a través de las reformas del derecho penal sexual”, Max Planck Institute, Alemania, 2002.

Propiamente en materia de delitos sexuales el enfoque de género enfatiza en las construcciones arbitrarias y sexuadas de los protagonistas del proceso, especialmente la calidad de víctima.

Por ejemplo la evaluación de las legislaciones en materia de bienes jurídicos protegidos, relatan los valores que se protegen: la honra o la libertad sexual que definen el estatus de las mujeres, el daño y la forma de sanción, lo que refuerza el lugar social que le es atribuido a la mujer.

Pero no sólo las normas sustantivas son esencialmente violentas y androcéntricas, también el análisis de las normas procedimentales y las prácticas judiciales revictimizan a las mujeres:

“El proceso de criminalización hizo que todos los elementos simbólicos que podían encontrarse expresados en la denuncia de la violencia sexual se vieran relegados... La expresión de dicha violencia mediante el sistema penal tiene la perversa consecuencia de convertirlas en víctimas, más que ayudarlas a construir una subjetividad”⁵

“Violencia sexual en Bogotá” realizada por el Centro de investigaciones sociojurídicas de Colombia –CIJUS- conjuntamente con la Universidad de los Andes, la alcaldía de Bogotá y la Secretaría del gobierno de Colombia, en el año 2000, a través del censo de instituciones públicas que llevan registro sobre violencia sexual, un análisis de expedientes de delitos sexuales de la Fiscalía General de la Nación y conversatorios con actores sociales relacionados con el tema, tuvo como objetivo conocer las narrativas y representaciones sociales sobre violencia sexual.

El estudio del mismo año “Violencia urbana contra la mujer: Análisis desde la perspectiva de género”, elaborada por el Programa de ciudades seguras UNHABITAT y la Corporación Domos publicado en Chile, examina diferentes estudios e investigaciones existentes sobre la situación en que viven las mujeres en América Latina y las múltiples expresiones de violencia. En materia de violencia sexual se trató en el contexto de los conflictos armados.

Igual interés por conocer las investigaciones realizadas en el Perú recoge “Estado de las investigaciones en violencia familiar y sexual en el Perú” publicado por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo social, y el Programa nacional contra la violencia familiar y sexual CONTIGO publicada en el 2003.

⁵ Bergalli Roberto y Encarna Bodelon, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, *Nullum Crimen*, N° 2, Santa Cruz de la Sierra, 1993. Citado en Bovino Alberto “Delitos sexuales y justicia penal” 2002, pág. 190.

La investigación de la violencia sexual dentro de la violencia intrafamiliar ha logrado posicionar el tema de violación dentro del matrimonio, como lo resalta el documento “Detección y análisis de la prevalencia de la violencia en la región de los Lagos” en Chile en el año 2005, financiada por SERNAM y ejecutada por la Universidad de Chile; una publicación con una metodología a base de encuestas, similar a la realizada en “Violencia contra la mujer” publicada por CEPAR, CONAMU, UNFPA, y UNIFEM.

La situación de la víctima es importante para estudios como “La violación sexual: un negocio siniestro” de Inés Hercovich o “Violencia sexual contra las mujeres” de Roxana Arroyo y Lola Valladares, una análisis desde los Derechos Humanos.

Encontramos también investigaciones sobre delitos específicos como “Del Ultraje a la esperanza, tratamiento de las secuelas del incesto” de Gioconda Batres Méndez publicado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente ILANUD realizado desde un enfoque de género y un intento de explicar la gravedad de este tipo de violencia.

Un libro que ha marcado las investigaciones en el Ecuador y en América Latina para el análisis jurídico con enfoque de género es “Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal” de Alda Facio Montejo publicado en 1992 por ILANUD.

En el Ecuador la principal temática abordada ha sido la violencia doméstica y la violencia sexual producida en el ámbito familiar, como “El maltrato a la mujer en la relación doméstica” publicada por CECIM en 1988, sin embargo la exploración de las posibles causas de la violencia también ha tenido su respuesta en los temas de investigación como “Mujeres fragmentadas, identidad y violencia de género” realizada por CEPLAES.

Específicamente en violencia sexual CEIME publicó “Del encubrimiento a la impunidad”, un análisis de denuncias contrastada con testimonios que relata las dificultades que tienen las mujeres para acceder a la justicia que marca esta temática en los estudios posteriores.

Estas publicaciones muestran las principales líneas de trabajo que se ha realizado en América Latina sobre violencia sexual: Análisis de legislaciones penales en materia de delitos sexuales, Violencia sexual en el contexto familiar, Diagnóstico de la situación de víctimas de violencia sexual, a través de análisis de casos judiciales y testimonios, Violencia sexual y estudios de ciudad, Impunidad y conflictos armados, migración y reclusión.

1.3 Estudios en el Ecuador:

El acceso a la justicia es una temática con mayor auge en los últimos años, por ejemplo se encuentran los diagnósticos en el libro “Violencia contra las mujeres y niñas. Situación del Ecuador 1995-1999” de Reyes Natacha y Gloria Camacho (2001) o el Informe preliminar de la Encuesta demográfica y de salud materna e infantil de CEPAR 2005.

Sobre violencia sexual y jóvenes resalta a finales de los 90’ “A mi también” publicado por CONAMU y la Corporación Promoción de la mujer, un acercamiento sobre el abuso y acoso sexual en los colegios del país.

CEIME en el año 2000 publicó “Derechos jurídicos, violencia sexual, marital e intrafamiliar” manual de educación con el objeto de capacitar a los actores del sistema de administración de justicia y público en general sobre la aplicación de la Ley contra la Violencia a la mujer y la Familia, así como leyes penales y procesales relacionadas.

CLADEM por su parte en el 2001 publicó “El enfrentamiento de la Violencia Intrafamiliar en Ecuador: diagnóstico de una década” que examina los cambios en el sistema de administración de justicia para luchar contra la violencia intrafamiliar.

Los trabajos antropológicos que se adentran en el fenómeno de la violencia en los marcos culturales, transcurren entre el análisis de imaginarios y sistemas simbólicos como el texto de Gloria Camacho: “Secretos bien guardados” (2003)

Siguiendo la línea de Alda Facio, otras investigaciones se centran en las instituciones mismas, y en este caso los trabajos desde enfoques jurídicos han crecido, como estudios sobre la “Evaluación de la aplicación de la ley contra la violencia a la mujer y la familia” del CONAMU, “Fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho” Gioconda Herrera (coord.) de FLACSO-sede Ecuador.

CEPAM-USAID en el 2000 publicó “La justicia presa: investigación de la violencia doméstica en la administración de justicia” de Beatriz Orella Serrano, quien analiza el tema de violencia intrafamiliar y delitos sexuales en los juzgados de tres ciudades del país.

INREDH y UNIFEM en el año 2005 presentaron “Mujeres en refugio: cómo proteger a mujeres en situación de refugio frente a la violencia sexual y de género” un documento que actualiza los datos de mujeres refugiadas en el Ecuador, así como estrategias para prevenir la violencia sexual. El mismo problema aborda el trabajo de Gloria Camacho publicado por UNIFEM en “Mujeres al borde, refugiadas colombianas en el Ecuador”

Con la metodología de ruta crítica, que ha sido adoptada tras la publicación de las investigaciones realizadas por la Organización Panamericana de la Salud sobre violencia intrafamiliar, CEPAM-Guayaquil y el CONAMU elaboran en el 2005 la investigación exploratoria “Ruta que siguen niñas/os, adolescentes y sus familias en situaciones de violencia sexual”.

El Consejo Nacional de Mujeres CONAMU ha realizado investigaciones con esta metodología “Ruta Crítica que siguen las mujeres kichwas en el Tena”, así como estudios de modelos de gestión de juzgados de la familia.

En materia de delitos sexuales se encuentran estudios sobre Género y procedimiento penal como el promovido por el Fondo Justicia y Sociedad, y CEPLAES: “Sistematización de casos de delitos sexuales y violencia intrafamiliar” que utiliza el enfoque de ruta crítica y la metodología de Alda Facio sobre el fenómeno jurídico.

Estos estudios tienen en común el abordar el tema de impunidad y acceso al sistema de administración de justicia como ejercicio y cumplimiento de los Derechos Humanos.

El enfoque de ruta crítica, acogido en los estudios latinoamericanos a finales de los 90’, y recientemente en el Ecuador, para abordar los temas de acceso a justicia y delitos sexuales, tiene como fin el uso de una metodología cualitativa para

“conocer las acciones, percepciones y actitudes de las mujeres afectadas por la violencia, así como la calidad de los servicios y las representaciones sociales de los y las prestatarias”⁶

La ruta crítica propone el análisis tanto del contexto de las mujeres, los factores determinantes que llevan a las mujeres a buscar ayuda en las distintas instituciones o servicios, tanto del Estado como del sector privado, y los actores que intervienen en este proceso, cruzado por las representaciones sociales, información y valores que se juegan en él .

Los estudios de ruta crítica auspiciadas por la Organización Panamericana de la Salud en Guatemala (1996), Ecuador (1997), Nicaragua (1997), El Salvador (1998), Panamá (1998), Perú (1998), Bolivia (1998), Costa Rica (1999) y Honduras (1999) concluyen en que la inexistencia de mecanismos de atención para las mujeres que son víctimas de violencia, las posiciona en un lugar desventajoso frente a otros prestatarios de los servicios de salud o judiciales, lo que provoca la revictimización. Además que la

⁶ OPS/OMS Programa mujer, salud y desarrollo, “La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina, Estudio de caso de diez países, 2000, pág. 16

falta de respuestas de las instituciones provoca el salto o ausencia de etapas para buscar salidas propias en la que no participa el ámbito institucional.

El éxito de las instituciones de apoyo a las mujeres es su capacidad de información, acompañamiento y preocupación por las mujeres que accedieron a los servicios; en el sector salud por ejemplo la respuesta dependió de acciones individuales más que una política de estado, mientras que el sector educativo no posee estrategias para abordar el problema de la violencia intrafamiliar, especialmente para niños, niñas y adolescentes. De todos los sectores analizados el más difícil fue el judicial, por los procedimientos engorrosos, corrupción y sobre todo la experiencia humillante que limita el acceso a las mujeres a la justicia penal.

En conclusión el análisis de ruta crítica considera a ciertas áreas como estratégicas en razón que existen prácticas óptimas que han logrado mejorar la situación de las mujeres; estas áreas son Salud, Justicia, Educación y enfoques multisectoriales como los de protección social y desarrollo económico, que buscan identificar leyes y políticas, reformas institucionales, intervenciones comunitarias y estrategias para cambios de comportamiento individual (Morrison, Ellesberg, Bott; 2004: 4)

Por esta razón se ha justificado la necesidad de seguir investigando sobre el derecho y el sector judicial; para evitar la impunidad y con el trabajo conjunto con otras áreas prevenir la violencia sexual, además de proporcionar un sistema de protección a víctimas y crear un sentido reflexivo en el derecho penal sobre su función y limitaciones.

Este trabajo se suma a los objetivos que parte de las experiencias del CEPAM y CEPLAES en el ámbito de los delitos sexuales, estudiando específicamente a las instituciones judiciales-policiales para reconocer los nudos críticos de los organismos de administración de justicia y lograr que estas instituciones sean un “instrumento de apoyo, facilitación y garantía de los derechos de las mujeres”⁷ por medio de la transformación de este campo.

⁷ OPS/OMS Programa mujer, salud y desarrollo, “La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina, Estudio de caso de diez países, 2000, pág. 130

II

Principios del derecho penal: ¿Cómo opera en materia de delitos sexuales?

Pierre Bourdieu en su análisis del campo jurídico considera que el lenguaje utilizado en el derecho tiene por efecto crear una retórica de neutralidad, universalidad e impersonalidad, que fortalece la idea de autonomía del derecho y que ha sido criticada por el feminismo desde distintas posturas.

Esta sección se detiene en la conceptualización del delito sexual y las instituciones que intervienen en el campo judicial para resaltar las estrategias de este campo al normalizar los conflictos del sistema.

2.1 La forma del derecho penal sexual

La Ilustración con Montesquieu, Voltaire y Marat, configuran los principios consagrados como universales del derecho penal moderno: la proporcionalidad de la pena, la abolición de penas como la tortura o la muerte, el castigo en nombre del bien común, y la elaboración de planes de legislación criminal.

Beccaria con su obra “De los delitos y las penas” recoge las ideas que surgen tanto en Francia como en Italia sobre la reforma en el sistema penal y la transformación del castigo en un acto público, dictada por leyes, para configurarse en violencia legítima.

El Estado por tanto se hace cargo de nombrar y controlar el delito, al delincuente, y la pena por medio de decisiones explícitas e implícitas que se materializan a través de reglas sobre la coerción y que bajo el supuesto de una racionalidad formal-material obedece a postulados éticos los cuales determinan el funcionamiento de los agentes e instituciones y que tienen como fin el hacer justicia.

Esta es la aspiración de lo que se denomina *política criminal*; una actitud del Estado que permite -parafraseando a Hegel- ver sólo a través de ella lo existente.

Parte de la política criminal está plasmada en las codificaciones de leyes penales que agrupan básicamente los tipos de infracción, las penas aplicadas a cada una, los sujetos y circunstancias de responsabilidad.

Esta política criminal también determina la conceptualización del interés considerado valioso y de respeto común, es decir el bien jurídico, sus procedimientos de protección y sanción a través de un órgano de poder estatal.

Esta política también regula la existencia de actos particulares que se originaban -según Francesco Carrara- en la pasión y el apetito sexual; delitos de la carne que se manifestaban en las libidines contra natura, el estupro, el adulterio, el rapto, concubinato, lenocinio, bigamia y el ultraje al pudor. (Reynoso; 2004: 15)

La ciencia jurídica por tanto encasilla una conducta delictiva de carácter sexual sólo bajo ciertas reglas del propio discurso del derecho, a través de la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre y las leyes; además, las acciones de persecución estatal (públicas o privadas) también se deben a este proceso de formalización⁸:

Tabla 3. Formalización de la violencia sexual a través de la doctrina penal

	Para denominar sexual a un delito ⁹	Existencia excepcional del delito privado ¹⁰
Formalización a través de la doctrina	La acción típica del delito se realiza en el cuerpo de otro u obligado a ejecutar y es de naturaleza sexual	Hecho de poca entidad y carácter no violento
	Los bienes jurídicos afectados son relativos a la vida sexual del ofendido	Que su prueba implique una intromisión en la vida privada del ofendido
		El hecho es ocasional y supone un daño irreparable para el ofendido
	Bienes jurídicos tutelados	
	Honestidad	Protección de formalidades matrimoniales
	Moralidad pública	
	Libertad y seguridad sexual	
	Prevención general de un delito	

El primer código penal del Ecuador y su ley de procedimiento criminal dictado en 1837 tipificó en su título quinto “Delitos contra la moral pública” que entre sus capítulos regula las palabras o acciones obscenas, rufianes y corruptores de menores, bigamos, matrimonios clandestinos o sin formalidades, atentados contra la autoridad doméstica, entre otros.

Esta ley expresaba las costumbres morales de la sociedad ecuatoriana y que se plasmaban en una política criminal que describía como acto delictivo la ofensa al pudor y a la moral pública.

⁸ Según Bourdieu la formalización es la base sobre la que agentes e instituciones jurídicas construyen y mantienen el monopolio del derecho y lo erigen como un conocimiento neutral y autónomo.

⁹ Francisco Gonzáles de la Vega, citado en “Delitos sexuales” Reynoso Roberto, editorial Porrúa, México, 2004, pág. 15

¹⁰ Rosario de Vicente Martínez, Revista especializada Anuario de Derecho penal, 2000, pág. 14

Como ejemplo, la autoridad superior del hombre dentro de la institución familiar se ve reflejada en los delitos contra la autoridad doméstica, que regulaba el desacato de los hijos contra los padres y las faltas de las mujeres contra los maridos.

El segundo código penal ecuatoriano de 1873, no dista de los anteriores conceptos patriarcales y se afianza bajo el discurso conservador de García Moreno quien titula a estos delitos “De los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública” donde se penaliza el aborto, abandono de niños, raptó de menores, ultrajes públicos a las buenas costumbres, adulterio, corrupción de la juventud, rufianería, violación y atentado contra el pudor en nombre de la moral pública.

Este título no es reformado en el gobierno de Eloy Alfaro, sin embargo se detallan las circunstancias agravantes de algunos delitos como el aborto -espíritu que se mantiene en el código vigente-; se establecen distintas penas según la edad de *la ofendida* en delitos como la violación y también se tipifica claramente el concubinato público, amancebamiento y *bestialidad* como aberración sexual. (Páez; 1984: 160)

Sólo a partir de 1938 se regula en una ley especial los delitos cometidos por menores de edad que respondía a una política criminal de prevención del delito.

El código penal de Enríquez Gallo exime de sanción a las personas con enfermedades mentales, y en general responde a los criterios doctrinarios de la época acogiendo el principio de causalidad.

Por la nueva política estatal de los años 70', el título del código penal trató expresamente de “De los delitos sexuales” que fue reformado en 1998 y regresó a ser “De la rufianería y corrupción de menores” similar a uno de los capítulos del código de 1837.

Delitos como el adulterio o el concubinato fueron derogados con la ley 134 de junio de 1983 y el delito de homosexualismo fue declarado inconstitucional en 1997.

Las nuevas doctrinas penales, el discurso científico y los postulados de los grupos sociales son evidentes en las reformas de la legislación ecuatoriana.

En materia de violencia sexual los enfoques que luchan contra las concepciones moralistas y discriminatorias ponen en tela de juicio los principios del derecho penal sexual, pero las reformas de los últimos años evidencian la polarización de visiones: por un lado el poder legislativo reformó el código penal para tipificar actos que fueron demandados a través de la *opinión pública*¹¹ como la pornografía infantil y la explotación sexual; pero al mismo tiempo movimientos conservadores de origen religioso utilizan los

¹¹ Entendida como la opinión de expertos y personas de reconocido prestigio que hablan en nombre del interés público.

intersticios del proceso legislativo, como fue el caso de la reforma al código de la salud, que detuvo la iniciativa de reformas en el código penal sobre las circunstancias del delito de aborto.

Finalmente el cuestionar los principios del derecho en este tema no han afectado a los participantes en sí sino a los principios futuros que regulen los delitos sexuales, (Bourdieu; 2000: 185) Por ejemplo, tras la reforma del título VIII del Código penal los jueces entrevistados en las cinco ciudades donde CEPAM ejecuta su proyecto, afirman que la libertad sexual es el bien que se precautela, sin embargo “*no es posible desestimar lo que implícitamente se evalúa al hablar de rufianería*”¹² y tampoco es posible afirmar que el principio de objetividad es aplicado en el enjuiciamiento de los delitos sexuales.

Las entrevistas a operadores de justicia develan un doble estándar de juzgamiento hacia las mujeres jóvenes, adultas y menores de edad; es claro para ellos que hombres y mujeres menores de edad no provocan la acción violenta, mientras que la vida sexual de la mujer joven y adulta es juzgada para concluir si fue o no provocada la acción.

Los delitos de rapto de mujeres mayores de dieciséis años son vistos como costumbres para legitimar uniones conyugales; en particular delitos como el rapto, estupro y atentado al pudor a mayores de edad, son una muestra de las construcciones nada neutrales que realiza el derecho, considerándolos infracciones de acción privada.

En conclusión la ley penal ecuatoriana es difusa sobre lo que protege en materia de violencia sexual, y aunque hemos ratificado la convención de la CEDAW y de Belem do Pará, que es clara sobre la protección a la libertad sexual, el juzgamiento sigue cruzado por la vieja doctrina penal, y al mismo tiempo de valores, vivencias y costumbres provenientes de esferas alejadas de lo legal de los miembros de los tribunales de justicia.

2.2 La importancia de la Illusio

El poder simbólico del derecho es evidente en las crecientes demandas sociales por mayor seguridad y sanciones, asumiendo que este campo debe responder a intereses de eficiencia y justicia.

El informe mundial sobre violencia y salud, publicado por la Organización Mundial de la Salud, revela que una de cuatro mujeres es abusada por un compañero íntimo a lo largo de su vida, pero la mayoría de casos no son denunciados, y recomienda que la aplicación de sanciones penales evita la violencia sexual.

¹² Entrevista a ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, (enero de 2007)

Esta recomendación esta basada en la evaluación de programas e investigaciones sobre prevención de la violencia contra las mujeres.

La Declaración sobre los Principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (1985) de las Naciones Unidas, ha sido el marco de planes de acción para atención de víctimas.

Los modelos de atención consideran que su estructura básica se compone de a) una legislación que legitime los derechos de las víctimas, b) el conocimiento y concertación de la ciudadanía para colaborar con los servicios de atención y c) condiciones mínimas como normas internas de los servicios, d) personas especializadas y sensibilizadas, e) instalaciones adecuadas y f) manejo estratégico de la información.

El estado ecuatoriano, por medio del Ministerio Público, creó la jefatura de protección a víctimas y testigos que ejecuta el programa del mismo nombre. Fue concebida en septiembre del 2002 para resguardar a las personas que colaboran con el sistema de administración de justicia y son objeto de amenazas o agresiones; su protección incluye desde familiares de víctimas hasta funcionarios judiciales.

Actualmente cuenta con un presupuesto de apenas cincuenta mil dólares y en el año 2005 asistió a ciento diecisiete personas, de las cuales el 62% fue destinado para protección policial.

El proyecto de “Fortalecimiento de la vigencia de los Derechos Humanos de las mujeres por una vida libre de violencia” presidido por CEPAM-Quito es un ejemplo de este tipo de planes de acción, que ofrece asesoría y representación legal, apoyo durante el juicio, apoyo psicológico a la víctima y su familia y apoyo posterior a la sentencia.

Los modelos de atención a las víctimas reiteran que el campo judicial es valioso para evitar la impunidad, por medio de la fuerza simbólica que radica en su capacidad de castigo para advertir a posibles infractores, aunque en la realidad no ha determinado una disminución de los delitos.

La evidencia se presenta en las estadísticas sobre delitos sexuales que lleva el Ministerio Público y la Policía Judicial; ambas instituciones mantienen sistemas de información separados y no existe un trabajo coordinado ni articulación de estos subsistemas.

Otro problema de los datos que procesan estas instituciones, es la falta de coordinación interna para entregar la información, afirmación del responsable de la dirección de estadística de la policía judicial.

La Dra. Rocío Salgado quien dirige la Corporación Mujer a Mujer de la ciudad de Cuenca, apunta que una de las demandas urgentes al ministerio público es establecer una clara política pública que se concrete en una política criminal en materia de delitos sexuales, sin embargo, quienes buscan enfrentar la impunidad través de políticas deben considerar que es forzoso poseer un sistema de información para tomar decisiones viables y oportunas.

Tabla 4. Estadísticas de denuncias por delitos sexuales registrados en la Policía Judicial a nivel nacional: Años 2002-2004 en comparación con el año 2006

	2002	2003	2004	2006
Atentado contra el pudor	394	355	276	-
	13.5%	11.2%	9.6%	
Estupro	63	71	43	48
	2.16%	2.25%	1.49%	1.9%
Intento de violación	462	544	550	657
	15.9%	17.2%	19.17%	26.7%
Rapto	635	668	727	-
	21.8%	21.2%	25.33%	
Trata de blancas	30	24	27	65
	1.03%	0.76%	0.9%	2.6%
Violaciones	1321	1488	1246	1436
	45.4%	47.2%	43.4%	58.3%
Acoso sexual	-	-	-	253
				10.2%
Total	2905	3150	2869	2459
	100%			

Fuente: Departamento de estadística de la Policía Judicial.

Re-elaborado por: autora

La tabla 4 demuestra que las recientes reformas legales han afectado las matrices de información de la policía judicial; por ejemplo aún cuando el espíritu de la ley mantiene el tipo de atentado al pudor, expresada en la ley interpretativa Ley 2006-53, se eliminó ese año de sus registros, al contrario del acoso sexual que fue clarificada en la reforma del año 2005.

El Ministerio Público editó su informe de labores del año 2005, que contiene las actuaciones de los agentes fiscales a nivel nacional y provincial sobre delitos sexuales, pero no explica el alto número de denuncias que no llega a indagación previa, ni las razones más comunes de desestimación; información necesaria para crear una política

¹³ Según la base de datos este ítem se refiere a delitos de explotación sexual

adecuada para la fiscalía sobre la eficiencia del servicio que presta o evaluación de gestión y resultados.

Tabla 5. Actuaciones de Agentes Fiscales (2005-2006) CPP 2001

Tipo de Delito	Denuncias	Indagación previa	Desestimación	Instrucción Fiscal	Dictámenes Abs	Dictámenes Acu
De los delitos sexuales	8682	7012	553	1074	303	691
AÑO 2005	100%	80.7%	6.3%	12.3%	3.4%	7.9%
De delitos sexuales	7930	7307	1029	1475	280	920
AÑO 2006	100%	92%	13%	19%	4%	12%

Fuente: Informe de labores del Ministerio Público años 2005 y 2006

Re-elaborado por: autora

Las abogadas que trabajan en el proyecto que dirige CEPAM, asocian el alto número de denuncias que no llegan a ser procesadas por los agentes fiscales, con el abandono de las acusaciones particulares; aserción que comporten los agentes fiscales de las unidades de delitos sexuales que fueron entrevistados, porque la ayuda de las víctimas es imprescindible para acelerar los procesos, prestar versiones, y aportar pruebas materiales, aunque “La parte acusadora no sólo esta obligada a demostrar sus aseveraciones sino que es expuesta al escrutinio de su vida en instancias públicas que afecta en la familia, la escuela o el trabajo” lo que hace más difícil que continúen en el proceso penal y agrava el problema de la impunidad.

Desde las nociones de justicia y los problemas de impunidad, las reformas al sistema procesal no demuestran en materia de delitos sexuales ser efectiva, aun cuando víctimas y familias asumen que es importante para ellas el ingresar al campo del derecho no todas soportan el largo trayecto hacia el juicio.

La pregunta es ¿Por qué el proceso se convierte en un obstáculo en la administración de justicia pese a que el Ecuador en el año 2000 instauró el sistema acusatorio?

Las aspiraciones que constan en la justificación del nuevo código de procedimiento penal instan:

“ Que para lograr la celeridad y eficacia de los procesos, los trámites, en especial la presentación y contradicción de las pruebas, deben llevarse a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivos, de concertación e inmediatez”¹⁴

El proceso penal es un método de solución de conflictos que es creado con el propósito de responder a un número limitado de hechos determinados por la ley como actos antijurídicos, y que en materia de violencia sexual utiliza las mismas reglas para llegar a la verdad que al tratar de delitos contra la propiedad o cualquier otro delito, sin considerar que los sujetos que tienen interés en el proceso han sufrido *el hecho jurídico* en su corporeidad¹⁵

El proceso tiene el alcance que las normas sustantivas le proveen, y estas son el resultado de los conflictos del propio derecho, atravesado por componentes históricos, políticos y culturales.

2.2.1 El mundo doctrinario

Sin llegar a profundizar las posiciones y doctrinas sobre los delitos sexuales resumiré la configuración doctrinaria de los mismos y su adecuación en la legislación ecuatoriana, utilizando la metodología de análisis que sugiere Alda Facio sobre la influencia político-cultural en el componente normal formativo y viceversa. (Facio; 1992: 67)

- Hostigamiento o acoso sexual: Las características que distinguen a este delito según la doctrina son:

- a) Asedio reiterado con fines lascivos
- b) La víctima de cualquier sexo está subordinada jerárquicamente al sujeto activo
- c) El sujeto activo realiza la conducta valiéndose de su posición jerárquica
- d) La conducta causa un riesgo contra la libertad sexual

Lo que lleva a la práctica de la prueba la demostración de que las acciones del “agente” originan un riesgo para la libertad sexual de la víctima, y esta conducta es reiterada o habitual.

Este delito tiene como fin el prevenir un daño mayor, y considera como bien jurídico la indemnidad tanto como la libertad sexual.

Parecería que la norma es universal y neutra pero transcribo a continuación un párrafo de una revista de ciencias penales que demuestra lo contrario:

¹⁴ Código de Procedimiento Penal, Exposición de motivos, Ley sin número publicada en el Registro Oficial-Suplemento 360 del 13 de enero de 2000.

¹⁵ Referida no sólo al cuerpo sino a la mente y espíritu.

“El delito de hostigamiento sexual ha tomado auge por el desempleo, por la carencia de capacidad de algunas mujeres que sin la debida capacitación para el trabajo, temen perder éste, y tienen por objeto y propósito la salvaguarda de la libertad sexual de la persona”¹⁶

Este criterio desestima que la persona acosada puede ser de cualquier sexo, edad o condición social y se centra exclusivamente en la vulnerabilidad de las mujeres.

La legislación ecuatoriana, define como acoso sexual a la solicitud de favores de naturaleza sexual para sí o para otros, valiéndose de cualquier situación de superioridad.

No se acota sobre el carácter habitual del acoso, pero se regulan las penas según determinadas circunstancias como la minoría de edad, u otras solicitudes de *favores sexuales* o *insinuaciones maliciosas* que no se enmarcan en la situación de jerarquía.

En este caso queda fuera de nuestra legislación los comentarios sexistas, frases de doble sentido, preguntas indiscretas, roces y tocamientos deliberados de actitud ofensiva que son difícilmente probadas como insinuaciones maliciosas.

- Atentado al pudor

Conocido como el abuso deshonesto en la legislación española, contiene en su aspecto doctrinario las más variadas definiciones y explicaciones que se concreta en la misma vaguedad para su juzgamiento.

De los delitos analizados en este estudio, es el que tiene menor índice de enjuiciamiento, porque su vaguedad y recientes reformas legales dejan un vacío que no ha sido llenado ni por la *sana crítica* de los jueces y tribunales.

En Italia este delito se denomina libidine violenta, que tutela la libertad sexual.

Sus elementos constitutivos son:

- a) Ejecución en la víctima de un acto erótico sexual distinto a la cópula
- b) Ausencia del propósito inmediato de llegar a la cópula
- c) Acto con o sin consentimiento de la persona impúber

Este delito configura el tipo de víctima que es resguardada por el derecho; son todas las personas que poseen pudor y excluye a quienes supuestamente la carecen como las trabajadoras sexuales.

El código penal ecuatoriano derogó en el año 2005 los artículos sobre atentado al pudor, en un intento de ampliar el concepto hacia el delito de abuso sexual, pero por su falta de claridad y divergencias con el espacio académico, se instruyó una ley

¹⁶ Hostigamiento sexual, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Revista Criminalia, 1992 citada en “Delitos sexuales” Reynoso Roberto, editorial Porrúa, México, 2004, pág. 27

interpretativa que asume como existentes los elementos del atentado al pudor en el artículo sin numeración del Capítulo “Del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro”, concluyendo en una ley abierta a la interpretación, sin mencionar la dificultad de la prueba y el número de reos que solicitaron su libertad por la abolición de este delito.

- El estupro

Este delito tiene origen en la protección de las formalidades matrimoniales que datan del año diecisiete antes de cristo, que penaba la unión extramatrimonial con *mujer honesta* con el que defraudaba la justificada esperanza del estado en una descendencia legal (Reynoso; 2004: 51). Sus penas eran menores que la de otros delitos por ser consentido.

Su elemento distintivo constituye el uso del engaño o la *seducción*, un término utilizado para denotar el estado de inexperiencia o debilidad de la víctima y medios que venzan su resistencia moral o psíquica (González de la Vega; 2004: 101)

Se clasificó también la agravación del delito de estupro según el estado físico y civil de las mujeres como el estupro simple: engaño a una mujer no casada y *honestas*, donde se diferenciaba el estupro propio caracterizado por la desfloración; y el estupro impropio sin desfloración o con mujer viuda.

El bien tutelado para la doctrina transita más en la seguridad sexual que la libertad, porque trata de precautelar a las personas inexpertas y previene su “corrupción”, idea que comparte la legislación ecuatoriana al manifestar en su título “delitos de rufianería y corrupción de menores”, aunque el artículo 509 define que la tutela penal se basa en la ausencia de consentimiento porque fue viciado a través del engaño o la seducción.

El problema de normalización en este acto, radica en que implícitamente configura un tipo de persona que es protegida: una persona inexperta o casta.

- La violación

El elemento indispensable en este delito es la ausencia de voluntad para tener relaciones sexuales, cuyo medio no sea el engaño, sino el uso de la violencia física o moral.

La ampliación de la definición de este delito no ha provenido de los elementos mencionados anteriormente, más bien corresponden a la construcción de la sexualidad.

Esta sexualidad normada establecía a la vagina como orificio natural para el acto sexual, determinando también el agente pasivo o víctima de la violación.

La etapa probatoria se centra en la comprobación de huellas en el cuerpo de la mujer que demuestren el vicio de consentimiento, especialmente hematomas y daño o ruptura del himen.

Cada uno de estos elementos fue ampliado y es visible en las reformas que constan desde 1998 hasta la del año 2005 en el artículo 512 del código penal ecuatoriano.

Los agentes activos y pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres, al igual que los objetos de introducción, sus formas y cavidades.

Los casos analizados en este estudio advierten la dificultad probatoria de los delitos de violación porque persisten estas viejas concepciones de valoración de la prueba, como la demostración de resistencia a través de hematomas, rasguños, y la sobre-valoración de la prueba médico legal con énfasis en el himen y el ano, frente a otras pruebas como las testimoniales.

Este problema se debe a la propia elaboración de la ley ecuatoriana porque determina a la violación sólo bajo tres circunstancias:

a) Cuando la víctima fuere menor de catorce años; donde existe mayor número de sentencias condenatorias porque se asume la ausencia de consentimiento o su falta de comprensión.

b) Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiese resistirse; las acusaciones particulares en este caso alegan la indefensión de las víctimas.

c) Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación; este es el único literal que acoge a hombres o mujeres adultos sin discapacidades y posee un menor número de casos con sentencias condenatorias.

Se suma que en el código penal en sus disposiciones generales define a la violencia y amenaza como fuerza física y fuerza moral respectivamente que infundan temor a un mal inminente; hecho de difícil comprobación si la prueba material y no la testimonial tiene primacía en el juzgamiento.

En conclusión la norma y la práctica profesional chocan en medio de las concepciones morales de la doctrina y de los propios agentes que se enfrentan en el juicio.

- Rapto

Quizá es el delito que puede, desde un análisis histórico, invocar los valores patriarcales conducidos al campo del derecho penal, porque sus elementos constitutivos giraban

alrededor de la acción de robar o apoderarse de una mujer mediante la fuerza o el engaño para “satisfacer un deseo erótico- sexual o casarse” (González; 2004; 163)

Ese apoderamiento implica una aprehensión y un dominio de la persona raptada; y en el caso ecuatoriano es un delito que implica sólo a menores de edad; por eso el “arrebatar” con fines *deshonestos* constituye el elemento esencial de este delito.

Es peculiar como los jueces conciben este delito, porque suponen que la mayoría de casos son de adolescentes que huyen del hogar y consienten en el rapto sin que medie amenaza o violencia alguna. Los casos de personas menores de siete son concebidos como delitos de secuestros o explotación sexual.

2.2.2 La ciencia de las víctimas

El marco de los derechos humanos dio paso al interés por estudiar y reivindicar a las víctimas a través de una ciencia que determinen sus características, su valoración como agentes, y las razones de su victimización.

Las herramientas básicas sobre el tratamiento de víctimas se encuentran en la declaración de principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso del poder, de las Naciones Unidas en 1985. Posee también sus directrices de políticas públicas dictada en 1999, y el manual de justicia para su uso y aplicación declarada en el año 2000. Y en el año 2005 se dictaron directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos del delito.

La victimología se nutre de muy variadas fuentes, como la perspectiva feminista para analizar principalmente la violencia doméstica, la agresión sexual, el abuso infantil, el acoso, y la explotación sexual donde el abuso de poder y control es inmanente. (Sanmartín; 2004:205)

El trato a la víctima en este aspecto consiste en dejar el estigma creado por el hecho violento y el proceso judicial hacia la creación de una subjetividad superviviente. La victimología perfila lo que deben dejar atrás para alcanzar este estado de supervivencia como los sentimientos de ira, la necesidad de control, y la sexualidad y la imagen corporal.

La victimología también ha recalcado el carácter violento de la administración de justicia que agrede a la víctima especialmente en los exámenes médico-legales, y en la ceguera del sistema al no considerar sus especificidades sociales y culturales.

La preocupación sobre la impunidad ha llevado a estudios sobre las causas por las que no se denuncia la violencia sexual donde se destaca el escepticismo a que la denuncia se concrete en una condena.

Según las psicólogas que prestan ayuda a las víctimas y sus familias en la Fundación María Guare de Guayaquil y la Corporación Mujer a Mujer de la ciudad de Cuenca, lo más importante es romper con las barreras de la vergüenza y el temor a las represalias tanto de los agresores como de sus familias.

La experiencia peculiar de la Fundación Nuevos Horizontes en Portoviejo detecta el temor de las víctimas y sus madres de enviar a prisión a los agresores porque son familiares o amigos, o la desconfianza de las víctimas hacia sus madres por temor a que encubran al padre, padrastro o conviviente o que su relato se considere falso.

La principal estrategia de la institución para evitar casos de impunidad por estas razones fue la acreditar ante la fiscalía a la psicóloga de la fundación, que dio como resultado un mayor peso a los informes psicológicos y mayor participación de las agentes fiscales en incentivar a las víctimas para realizar acusaciones particulares.

Por otra parte el estudio y recuperación de la imagen de la víctima dentro de la legislación abrió paso a las reclamaciones en el área civil por daños y perjuicios contra para el agresor, como para terceras personas que debían protegerlas o causaron un daño secundario. Esta realidad en los casos seleccionados no es común, en primer lugar porque se requiere de una sentencia condenatoria, y las abogadas defensoras o los mismos tribunales consideran una cuestión secundaria, que no responde a las aspiraciones de las víctimas y su familia.

2.2.3 El Campo Judicial

El campo judicial es el espacio legitimado por el poder estatal para la tramitación de los conflictos por partes interesadas. Es lugar donde se legitima el derecho de decir el derecho. (Bourdieu; 2000: 160)

El acceso a este espacio supone la disponibilidad y efectividad de instituciones dedicadas a la protección de derechos y la resolución de conflictos.

Los parámetros para acceder a la justicia se basan en la legalidad, celeridad, igualdad de derechos, posibilidad de defensa de los derechos subjetivos, independencia política de jueces, tribunales y demás operadores de justicia, y el funcionamiento de las instancias que canalizan las demandas. (Casal, Roche, Chacón, Richter; 2005:12)

Las leyes ecuatorianas basadas en la constitución política de 1998 permitieron la formación de varias instituciones y organismos colegiados que se encargan de canalizar las demandas sobre violencia contra las mujeres y que en el siguiente cuadro se resumen:

Tabla. 5 Instituciones que intervienen en problemas de violencia contra las mujeres

Instituciones	
Dirección de Género	Creada en el año 2000 y dirigida por el Ministerio de Gobierno y Policía
Comisaría de la mujer y la familia	Tiene su fundamento en la Ley 103, y resguarda a las personas vulnerables que enuncia la Constitución Política. Trata problemas de violencia física, psicológica y sexual.
Intendencias, Comisarias nacionales y tenencias políticas	Cuando no existen comisarias de la mujer y la familia en la circunscripción territorial, se presentan las denuncias ante intendentes, comisario o comisaria nacional o teniente político
Ministerio Público	La violencia sexual es denunciada en las unidades especializadas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar. Se puede solicitar ayuda al programa de protección a víctimas y testigos
Policía judicial	Fue creada para ser un cuerpo auxiliar del ministerio público, especializada en la investigación de delitos de acción pública. Se creó la oficina de defensa de los derechos de la mujer que investiga violencia intrafamiliar, mientras que los delitos sexuales siguen bajo la responsabilidad de la unidad de homicidios.
Dirección Nacional de protección a niños, niñas y adolescentes	Se creó el 3 de diciembre de 1997 Garantiza los derechos de los niños, niñas y adolescentes infractores o que se encuentran en situación de riesgo
Organizaciones de gobiernos seccionales	La iniciativa de los municipios en el Ecuador sobre se centra en programas que apoyan jurídica, y psicológica a víctimas de violencia intrafamiliar
Juzgados de lo penal, Juzgados de la niñez y la adolescencia y Tribunales de lo penal Salas de lo penal de la Corte Suprema de Justicia	Son las instancias donde se desarrollan las etapas del proceso. En el caso donde las o los agresores son menores de edad le corresponde juzgar al juez de la niñez y adolescencia. Los jueces penales son jueces de garantías, mientras que los tribunales penales propiamente se encargan de la etapa del juicio. La Corte Suprema no es una tercera instancia sino el ente superior que resuelve recursos como los de casación.

Los principales nudos críticos que se producen en estas instituciones según la experiencia en el proyecto “Fortalecimiento de la vigencia de los Derechos Humanos de las mujeres por una vida libre de violencia” son:

- La dificultad del trabajo coordinado entre agentes fiscales y la policía judicial

La policía judicial no posee especialistas en materia de violencia sexual, porque esta preparación o *sensibilización* es tomada en un curso preparatorio para el ingreso a la policía judicial que no contempla las dificultades, experiencias y consideraciones específicas de los delitos sexuales.

Los agentes fiscales rotan en las distintas unidades con el propósito de evitar un agotamiento profesional pero que provoca una falta de especialidad de los agentes en los problemas de violencia sexual que se manifiestan en los delitos.

- Los jueces de lo penal valoran los dictámenes fiscales según las consideraciones de las víctimas en particular dejando de lado el análisis del delito con sus particularidades.

Por ejemplo los dictámenes fiscales acusatorios sobre delitos de violación a menores de edad son acogidos por las resoluciones de los jueces sin mayores cambios, mientras que los delitos de violación a mujeres adultas y jóvenes tiene menos probabilidad de ser resultas favorablemente para la etapa de juicio.

Este problema tiene relación con la política criminal ecuatoriana que da prioridad a los principios de libertad sobre los de igualdad, que no reconoce las diferencias de género y las relaciones de poder que se producen dentro y fuera del proceso penal.

También las recientes reformas al código penal han afectado la definición clara de los tipos penales aumentando el grado de interpretación de las partes en el proceso, dando un mayor poder a los jueces y tribunales sobre su exégesis y alcance de los delitos partiendo de una construcción ideal de la víctima basada en la edad y el sexo.