

LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA LOS CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN ECUADOR

Evelin Cedeño Buste

SUMARIO

Introducción

I. Consideraciones básicas en torno a la diversidad de la estructura familiar en el Estado plurinacional e intercultural

1.1. Distintos tipos de familia establecidos por la Constitución Ecuatoriana

1.2. Desigualdad, género y estructuras de poder parentales dentro del ámbito doméstico y en la familia ampliada

II. Dominación y violencia en el sistema de relaciones de género e intrafamiliares

III. El enfoque de género en las normas acerca de la violencia familiar

3.1. La perspectiva de género:

3.2. Disposiciones Normativas: Las prescripciones constitucionales del Art. 81 de la Norma Suprema sobre el juzgamiento por medio de procedimientos especiales y expeditos para los distintos tipos de infracciones contra la seguridad e integridad de grupos vulnerables

3.3. El tratamiento de las lagunas por omisión:

3.4. Las medidas de protección para las víctimas de la violencia intrafamiliar

IV. La ponderación en el otorgamiento de las medidas de protección

- 4.1. La legitimidad de la presunción de lesividad, la determinación pericial sobre el grado de afectación de la integridad física de la víctima y la previsibilidad de los posibles riesgos que la amenazan*
- 4.2. La determinación de la necesidad ineludible de aplicar restricciones y/o cargas que afecten a derechos y libertades del imputado, cuya situación jurídica aún está por resolverse en sentencia*
- 4.3. La regla de proporcionalidad para la ponderación: la equivalencia entre el grado de realización. A mayor grado de protección necesaria para la integridad de la víctima, mayor grado de intervención para la restricción de derechos del imputado*

V. Las soluciones posibles ante los casos difíciles

A manera de conclusión

Referencias bibliográficas

Bibliografía de consulta

Introducción

El fundamento en que se sustenta la convivencia social bajo un régimen constitucional que persigue el “buen vivir o *sumak kawsay*” (su denominación en quichua)¹, tal como lo declara en su Preámbulo la Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre del 2008 (en adelante será mencionada como CRE), no es otro que el respeto a la dignidad de las personas y las colectividades en todas sus dimensiones. Para entender a cabalidad el significado y alcance que tiene para los derechos y para la justicia tal declaración, empezamos por la comprensión de lo que trae implícito el término de dignidad para las relaciones sociales, cuya fuente la podemos encontrar en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, tras el tormentoso proceso de negociaciones que condujese a su aprobación, el mismo que ilustra precisamente ese carácter crucial que alcanzase la definición de aquella como punto neurálgico.

El filósofo marxista alemán Ernst Bloch, desde las mejores tradiciones de las corrientes de pensamiento humanista en que se sustentan las grandes transformaciones progresistas, apunta que tal concepto de dignidad implica, como punto de partida, la diferencia específicamente humana que nos caracteriza como seres que perseguimos fines individuales y colectivos de manera autónoma, en uso de nuestra libertad para la elección de tales metas así como de los medios a emplear para alcanzarlos². Sin embargo, como lo demuestra la experiencia históri-

1 El artículo 275 CRE al referirse al régimen de desarrollo como conjunto organizado inter sistémicamente, resalta lo siguiente: “...El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”. Por su parte, según el texto del artículo 340, Título VII de la Constitución de la República del Ecuador: Régimen del Buen Vivir, “...El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo”...”El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación”.

2 La concepción marxiana de Bloch se fundamenta en el carácter constitutivamente utopista del ser, de donde colige que <pensar significa traspasar>: “...Sólo con el abandono del concepto concluso-estático del ser aparece en el horizonte la verdadera dimensión de la esperanza. El mundo está, más bien, en una disposición hacia algo, en una latencia de algo, y este algo que se persigue se llama la plenitud del que lo persigue: un mundo que nos sea más adecuado, sin sufrimientos indignos, sin temor, sin alienación de sí, sin la nada. Esta tendencia se halla fluyendo, como lo que tiene precisamente el *novum* ante sí”...”La esencia no es la preteridad; por el contrario, la esencia del mundo está en el frente”. BLOCH Ernst: *El principio esperanza*. Prólogo. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004, páginas 42 y 43.

ca, nos vemos constantemente enfrentados a situaciones e inmersos en circunstancias que impiden u obstaculizan poderosamente tal realización, amenazándonos de esa manera con la desaparición de cualquier posibilidad de obtenerla, e incluso con el exterminio mismo de nosotros como sujetos del disfrute de ella, por lo que se hace indispensable protegerla y garantizar su cumplimiento recurriendo a medidas y disposiciones con fuerza obligatoria.

Justamente una de esas dimensiones que conforman normativamente a la dignidad (las otras serían la autonomía ya referida y las condiciones materiales que menciona en su numeral 2 el artículo 66 CRE³) es el de la integridad personal, la cual precisa de una multiplicidad de medidas por parte del Estado para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia, sobretodo la que se ejerce “contra las mujeres, niñas, niños, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad” (artículo 66 numeral 3, literal b de la Constitución). La frágil y delicada cobertura que existe, a todas luces insatisfactoria, torna más dramática aun la situación de estos sectores, alcanzando así la característica de un problema estructural que afecta al modo de convivencia ciudadano, penetrando incluso el entorno íntimo en que se desenvuelve la familia.

En este ámbito, considerado hasta hace muy poco como el tradicional espacio privado tras cuyo velo únicamente se toleraba que el Estado limitase su injerencia a la regulación del patrimonio común y al correspondiente para el ejercicio de la patria potestad, es donde ahora se focaliza la atención sobre aquellas relaciones derivadas de las desigualdades de género que no solo consagran jerarquías de sumisión, sino que incluso pueden llegar a afianzarse mediante el ejercicio sistemático u ocasional de la violencia contra las parejas o los restantes integrantes del núcleo familiar, a través de las distintas manifestaciones de agresión que suelen darse: físicas, psicológicas, emocionales o morales. El derecho a la igualdad para sus integrantes que establece como principio fundamental la disposición contenida en el artículo 67 de la Norma Suprema, se desequilibra y altera con esas prácticas lesivas y dañosas, que conducen a convertir la familia en una especie de servidumbre cuyo sustento es el amedrentamiento mediante el terror, y, a las relaciones que la fundamentan en un ejercicio ilegítimo de la fuerza como instrumento para el sometimiento y la dominación.

3Artículo 66 CRE: “Se reconoce y garantizará a las personas:”... “2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.

La disposición constitucional del artículo 81⁴, dirigida al legislador para que formule procedimientos especiales y expeditos destinados a juzgar y sancionar los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades requieran mayor protección, se ha visto parcialmente cumplida: El texto del Código Orgánico Integral Penal, vigente a partir del año 2014, incluyó en su articulado un procedimiento contravencional aplicable únicamente para aquellos casos de agresiones físicas perpetradas contra alguno o algunos de los integrantes del núcleo familiar, producto de las cuales se provoquen lesiones que afecten a la(s) víctima(s) con hasta tres días de incapacidad; sancionando a sus autores con una pena privativa de libertad de entre siete y treinta días, y con una multa equivalente al veinticinco por ciento de la remuneración básica.

Dentro de ese procedimiento contravencional bajo el cual el legislador ha confinado el derecho de protección a la integridad personal, y el procedimiento judicial adecuado para tutelar su eficacia, se contemplan un conjunto de medidas de protección destinadas a garantizar un adecuado amparo para las víctimas de agresión desde el momento mismo de admitir a trámite la denuncia, o al instante de conocer el informe sobre la flagrancia. Ante esta circunstancia, mi atención derivó precisamente a determinar la oportunidad y la legitimidad de tales medidas, así como la eficacia de su accionar, tomando en consideración simultáneamente al principio constitucional de proporcionalidad entre los fines perseguidos y las disposiciones referentes a las mismas, por un lado, y al tratamiento como inocente que corresponde al imputado, por el otro, para garantizar cabalmente la no afectación al debido proceso, lo cual implica que las restricciones impuestas como medida de protección no alcancen el carácter de una sanción anticipándose al juicio que corresponde emitir al momento de la sentencia.

Ante la omisión legislativa de garantizar la adecuación de las normas a los derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que le impone a la Asamblea Nacional el artículo 84 CRE, y la vinculación que impone el artículo 426 a los jueces para su aplicación de oficio

4 Artículo 81 CRE: “La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas de acuerdo con la ley”.

mediante el principio *iura novit curia*⁵, resulta indispensable tomar en consideración el uso de la técnica de la ponderación para los casos difíciles, reconocida mediante línea jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional.

La ponderación es una técnica a la que se debe recurrir para encontrar soluciones en los llamados casos difíciles, cuando las reglas contenidas en la norma no son precisas; cuando existen lagunas en su formulación; o, cuando se produjeran antinomias que pudiesen afectar a los principios en que se sustenta la norma, desembocando en afectaciones injustificadas del contenido de los derechos por su excesiva lesividad.

El análisis temático cuyo abordaje debía hacer, conducía necesariamente al estudio del fundamento doctrinario de la ponderación contenido en la teoría y en los casos de aplicación jurisprudencial, los cuales han permitido consagrar como sus principios de aplicación a los de idoneidad, de necesidad, y al de proporcionalidad en sentido estricto para obtener, a partir de este último, una fórmula óptima en la asignación del peso adecuado a cada uno de los preceptos opuestos en la adopción de las medidas de protección.

En dependencia de lo establecido acerca del planteamiento referente al objetivo general planteado -el empleo de la ponderación para obtener un tratamiento proporcionado entre el aseguramiento de la protección adecuada para la víctima y la preservación del contenido que implica el tratamiento como inocente para el imputado-, esta investigación me condujo hacia los siguientes resultados específicos:

1. El diseño de un conjunto de casos tipo que toman en consideración tanto el principio de mayor precautelación de la integridad física, psicológica, moral y emocional de las víctimas, cuanto el principio de favorabilidad para los imputados que pertenezcan a categorías de personas en situación de atención prioritaria, para concluir en el planteamiento de dar una menor intensidad a las medidas dispuestas con la finalidad de atenuar la afectación de los derechos especiales que estos tienen asignados.

2. La formulación de algunas posibles soluciones aplicables para las medidas

⁵ Artículo 426 CRE: "...Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las contenidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente".

de protección y de aseguramiento que considero mayormente pertinentes con los objetivos planteados por la Constitución y que han sido omitidas por el legislador.

Para abordar el presente estudio he recurrido a un enfoque garantista integral propio del Nuevo Constitucionalismo, el mismo que se basa en la concepción de una justicia intercultural equitativa, lo cual me facilitó enfrentar de una manera innovadora y diferente el tratamiento con el que se debería abordar la problemática de la desigualdad de género y a sus consecuencias, en particular al tratamiento de la violencia intrafamiliar, para lo que debí recurrir al análisis doctrinal comparativo de intervenciones jurisdiccionales sustentadas en principios procesales que, a mi manera de ver, contribuyen pro-activamente con el objetivo social de construir una forma de convivencia ciudadana en diversidad y armonía con la naturaleza.

I. Consideraciones básicas en torno a la diversidad de la estructura familiar en el Estado plurinacional e intercultural

1.1. Distintos tipos de familia establecidos por la Constitución Ecuatoriana

La Constitución ecuatoriana vigente, aprobada mediante el novedoso procedimiento de Referéndum acerca de su texto que se celebrase el 28 de septiembre del 2008, se fundamenta en la construcción de “*una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak Kawsay*” (Preámbulo). Cabe resaltar en esta formulación el elemento de la **diversidad**, el cual implica un reconocimiento pleno a la existencia de variadas formas económicas, culturales, de género, etcétera, que adoptan en su vida social los seres humanos, tanto para relacionarse en el ámbito societal y comunitario, como en el de los vínculos familiares.

Como señalan Ignasi de Bofarull y Montserrat Gas en su estudio sobre el entorno familiar y la violencia “...la familia es un grupo social primario que define las formas estables y básicas en las que una sociedad perfila las relaciones básicas entre los sexos, entre padres e hijos (prohibición del incesto y reconocimiento de los hijos) y entre generaciones, es decir, en las relaciones de procreación e inculturación, de transmisión de formas de vida y de valores entre las distintas generaciones”⁶. De nuestra parte cabría tan solo hacer una precisión a esta defi-

6 Ignasi de Bofarull y Montserrat Gas: “El núcleo familiar como entorno de fenómenos violentos”. En:

nición –bastante certera por lo demás– en lo que atañe a la función social de la familia. Dicho añadido hace referencia al carácter históricamente variable de esta forma primaria de agrupamiento y a su diversidad sociocultural desde el punto de vista etnográfico.

A partir de esta observación, nos es posible hacer extensivo a la familia el principio de la diversidad constitutiva de nuestra realidad a la cual hace referencia en su texto el citado Preámbulo de la norma suprema, del mismo que podemos extraer las respectivas consecuencias jurídicas, como ser por ejemplo: el respeto a las tradiciones preservadas que establecen los vínculos matrimoniales en las comunidades indígenas, con lo cual se refuerzan también las identidades primarias y las respectivas formas colectivas de su organización social.

Otro aspecto a considerar es que en nuestro medio la familia suele ser también una forma bastante común de organización de la producción, encontrándose reconocida como tal de manera expresa, junto a otras, en el texto del artículo 319 CRE; circunstancia ante la cual cabría que tomemos en consideración junto a las relaciones básicas con que ella se estructura, a otras adicionales que pueden encontrarse presentes en su funcionamiento, como ser las de índole económica que se dan en los negocios familiares, e incluso para el caso de auxiliares domésticos, relaciones de carácter laboral, reguladas por la ley. Tal circunstancia amplía considerablemente el ámbito de los derechos involucrados dentro de la relación familiar, demandando asimismo una tutela particular sobre ellos motivada en las situaciones de dependencia adicional que acarrear frente a la autoridad paterna, así como ante el riesgo de abuso y arbitrariedad que pudiese conllevar el ejercicio sin freno de aquella.

Para el caso que nos ocupa, la referencia mencionada de nuestra Carta Fundamental nos lleva a considerar la existencia de distintos tipos de familia, entendiéndolos como tales en primer lugar, a los que son característicos para la plurinacionalidad con que se configura el Estado ecuatoriano. Efectivamente, las formas de vincularse en torno a esta relación básica varían entre las diversas nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador, reconociéndose entre las fundamentales o más típicas a la familia ampliada comunitaria que predomina en la región interandina y al matrimonio poligámico en los pueblos amazónicos, particularmente dentro de la nacionalidad shuar. El principio a considerar para estos casos es

el de la igualdad no discriminatoria previsto en el numeral 2 del artículo 11 de la CRE y el de equidad con miras a salvaguardar este elemento considerado como básico para la preservación de la identidad de los pueblos indígenas, conforme lo establece el Art. 57 CRE en sus numerales 1 y 9, ya que las formas que adopta el mismo responden a sus tradiciones ancestrales con las que se refuerzan los vínculos comunitarios que dan forma a su organización social específica.

De otra parte, entre los derechos de libertad que consagra el capítulo sexto título Segundo de la Norma Suprema se establece el reconocimiento por el Art. 67 de la familia en sus diversos tipos, sujeta a protección como núcleo fundamental de la sociedad y a garantías para favorecer la consecución de sus fines. De acuerdo a esta prescripción es necesario considerar las variadas situaciones que configuran las tipologías respectivas que podemos enunciar de las siguientes maneras:

1. Familia nuclear básica tradicional (matrimonio hombre-mujer y descendientes).
2. Familia nuclear en unión libre heterosexual (hombre-mujer y descendientes).
3. Familia monoparental (madre o padre y descendientes).
4. Familia reconstituida por ausencia de uno o de ambos padres (nueva pareja, ascendientes o colaterales a cargo de descendientes)
5. Familias homoparentales en unión libre privadas del derecho a la adopción de acuerdo a la disposición del inciso segundo Art. 68 CRE.
6. Familias homoparentales en unión libre con descendencia biológica, asistida o no⁷.
7. Familia ampliada con relaciones económicas basadas en actividades productivas compartidas, yuxtapuestas con las parentales.

Cabe señalar de paso que, conforme al invocado principio constitucional de la igualdad no discriminatoria resulta insostenible la exclusión de la institución

⁷ La sentencia No. 184-18-SEP de la Corte Constitucional, luego de destacar el derecho de las personas a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva así como a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener conforme a las disposiciones del artículo 66 CRE numerales 9 y 10, dedujo en consecuencia que de las mismas “...se desprende la facultad que tienen las personas y familias de emplear técnicas de reproducción asistida a fin de tener hijos biológicos, hecho que refleja un fin constitucionalmente legítimo”. Siguiendo esa misma línea argumental la Corte dejó establecido que “...el derecho a la igualdad y no discriminación es un elemento constitutivo del reconocimiento de las familias en sus diversos tipos, principio que permite entender que tanto núcleos homoparentales como nucleares-tradicionales poseen la misma capacidad y facultad de formar hogares con hijos y en tanto procuren su interés superior, les asiste toda la protección constitucional consagrada por el constituyente ecuatoriano en nuestra norma superior”.

matrimonial para las parejas homoparentales (matrimonio libre sin consideración a la orientación sexual del contrayente), así como la privación del derecho de adopción por cuanto vulneran flagrantemente el mandato contenido en el mencionado artículo que concreta el valor fundante de la diversidad consagrada a través de la disposición que consta en el Preámbulo.

Otro de los elementos que configura una laguna axiológica en las disposiciones es el hecho de que al referirse a las uniones libres se condicione a que tengan carácter estable y monogámico para poder acceder a similares derechos y obligaciones que los previstos para el matrimonio, lo cual puede acaecer una vez transcurrido el lapso que señala la ley para considerarse como cumplida la condición, por lo que tan solo entonces se pueda considerarlas cabalmente como tales. El tiempo comprobado de duración exigible como vínculo de legitimación para la relación, las condiciones de individuación y apareamiento que debe cumplir el nexo sexual sobre la que se fundamenta y las circunstancias homogeneizadas que ello conlleva como presupuesto implícito, conforman auténticos requisitos adicionales de contenido distintivo para la unión libre en comparación con el matrimonio, al ser considerados como exigibles previamente a permitirle un acceso igualitario a la pareja sobre el conjunto de derechos comunes y universales que configuran la relación marital.

El resultado producido consiste en un considerable menoscabo, e incluso anulación, para el reconocimiento, goce o ejercicio de alguno de los derechos-garantía de libertad relacionados con la vida familiar –entre los que se cuenta el de una vida libre de violencia–. Contraríase de tal manera lo expresado para la aplicación de los mismos conforme a los principios fundamentales enunciados en el capítulo primero del mismo Título que se refieren precisamente a la igualdad no discriminatoria, sin aceptar ningún tipo de distingos. Además, como ya dejamos señalado, la monogamia no es la única práctica de relación sexual consentida existente en el Ecuador plurinacional, por lo que tal disposición podría ser interpretada como la imposición obligatoria de una única forma aceptada para las relaciones matrimoniales y para el ejercicio de los derechos familiares y comunitarios correlacionados en el ámbito que les corresponde a los pueblos y nacionalidades indígenas, cuyo estatuto identitario y organizacional trasciende los límites normativos del Estado.

En cuanto a la protección de los derechos de las personas integrantes de la familia, el Art. 69 CRE establece un conjunto de disposiciones entre las que destacan la responsabilidad compartida en la crianza y desarrollo integral de los hijos, la formación del patrimonio familiar inembargable de conformidad con la ley, la

igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración del mismo, la protección estatal para el ejercicio de las obligaciones de los padres de familia y la atención especial a las familias disgregadas, la igualdad de derechos de los hijos y el acceso a la inscripción del nacimiento. Elemento básico para el desarrollo de este trabajo es el que contiene el texto del Art. 70 *ibíd.* por el cual se compromete al Estado a formular y ejecutar políticas para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres incorporando el enfoque de género en planes y programas a desarrollarse.

1.2. Desigualdad, género y estructuras de poder parentales dentro del ámbito doméstico y en la familia ampliada

Conforme a lo manifestado y acorde con una tradición consagrada a través de las disposiciones legales modernas (códigos civiles y leyes relacionadas), la familia se configura como una institución socio-jurídica sujeta a reglas contractuales conmutativas por las que se expresan obligaciones mutuas y derechos a cargo de sus titulares. Queda para lo que se considera como dominio íntimo de las personas el vínculo sentimental mediante el cual se relacionan, sujeto exclusivamente a reglas psicológicas y a un control ejercido por la moral privada, cuyas disposiciones –pese a que se las estima voluntarias–, se considera que son de obligatorio cumplimiento cuando menos hasta que concluya por causa natural o decisión judicial el vínculo formal. Basados en un código social implícito que consagra medidas desiguales para la vida y la actividad de hombres y mujeres –claramente favorable para la consolidación de una estructura patriarcal sustentada en comportamientos machistas y discriminatorios– dichos estándares pueden sin embargo, ser alterados en su formulación por medio de disposiciones legales y acciones administrativas, lo cual no implica necesariamente que se afecten los patrones por los que se rige el mencionado código de la desigualdad.

Es a partir de la consagración social de este código como se explica la conversión de los aspectos biológicos derivados de la diferencia sexual (dismorfismo sexual) en roles que asignan comportamientos distintos para hombres y mujeres⁸. Al omitir el carácter histórico de este proceso suele presentárselo cual si se

8 “...Cada sexo es diferente –como cuerpo sexuado y en su funcionamiento– pero la mayoría de las <calidades sexuales> atribuidas desde la masculinidad o feminidad son construcciones sociales y no calidades naturales y/o universales de cada sexo”. Alberta Durán Gondar; “Concepciones que legitiman y ocultan la violencia familiar”. En: DIAZ TENORIO Mareelen *et al.* *Violencia familiar en Cuba. Estudios, realidades y desafíos sociales*. Editorial CENESEX, Centro Félix Varela. Publicaciones Acuario. La Habana 2011, página 127.

tratase de una situación natural, es decir, inmutable y dada para siempre, con las respectivas consecuencias que ello trae: su sacralización y sanción como hábito incuestionable al que debe sujetarse la vida social. La subordinación de la mujer deriva así en una cuestión cultural que remite a una clasificación social entre dos géneros, masculino y femenino: "...El sistema de género se caracteriza por su polaridad, es un potente mecanismo que nos hace concebir infinidad de aspectos en términos de masculino y/o femenino siempre en base a la oposición, de manera que mujeres y hombres están sujetos no solo a definiciones diferentes, sino generalmente opuestas"⁹. Destaquemos por otro lado que esa relación no es estática como ya lo hemos señalado, sino que por el contrario, está sujeta a constantes cambios en dependencia del medio social y de las condiciones históricas en que se produce, y, por supuesto, responde a las circunstancias particulares que adopte dicha relación entre las parejas.

Sin entrar a mayores consideraciones sobre el tema -que nos conducirían únicamente a la descalificación de una posición absolutizando la otra, recurriendo artificiosamente para ello a todo tipo de disquisiciones metafísicas acerca de la naturaleza de los seres humanos-, ocupémonos mejor de los aspectos jurídicos atinentes al mismo. Recurramos para ello a la distinción con claras consecuencias jurídicas entre estos dos conceptos que la Corte Constitucional colombiana dejase establecido en sentencia C-371 del 2000: "*...La corte entiende que los términos sexo y género no son sinónimos. Cuando se habla del sexo, se hace énfasis en la condición biológica que distingue a los hombres de las mujeres, mientras que el género hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles*". Así planteados los términos, a partir de estas definiciones básicas se pueden enfocar todos aquellos aspectos que permiten diferenciar entre los derechos que pueden ser entendidos de conformidad con la condición específica del respectivo sujeto como medidas afirmativas de equidad (ej. las garantías para las mujeres embarazadas) y, los que conllevarían a un trato distinto de carácter discriminatorio basado en el rol de género asignado socialmente para las mujeres.

Los roles de género constituyen así estereotipos básicos a los cuales deben sujetarse sus portadores en el desempeño de las actividades sociales y en la estructura de la familia. En ambos espacios se ajustan en su interacción a una jerarquía de poder prefigurada: por un lado, un máximo de atributos sociales reconocidos y asignados al hombre a partir de su sexualidad, frente a un mínimo de es-

9 Eburne Aranguren Vigo: "Cultura y violencia de género. Una visión desde la investigación para la paz". En: *Manual de lucha contra la violencia de género*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2010, página 99.

tos atribuidos a la mujer a partir de la función natural de la reproducción que le corresponde a la sexualidad femenina, dentro de los cuales se incluyen la responsabilidad primordial que les otorga la sociedad para el cuidado y la crianza de los hijos.

Nos enfrentamos así a una asimetría en los roles que se expresa como una relación de dominación/subordinación dentro de los ámbitos señalados, reforzada por la específica división general del trabajo que opone a saber y dirección con dependencia y ejecución, la cual genera la respectiva estructura socio-clasista de la sociedad capitalista cuyo ordenamiento persigue obtener la más alta tasa de ganancia para el capital, aprovechándose para ello de todo tipo de estructuras diferenciadas presentes en el sistema social que le permitan obtener un excedente adicional, proveniente –en el caso de las diferencias de género– del establecimiento de escalas de remuneración inferiores para el trabajo femenino en el desempeño de similares actividades productivas a las realizadas por los hombres; situación esta que se ve agravada más aun en el caso de las mujeres enfrentadas a lo que se conoce como riesgo múltiple por motivos de pertenencia étnica (indígenas, afro ecuatorianas y montubias), orientación sexual diferente (lesbianas, transexuales, bisexuales), ocupación (prostitutas, nudistas), o por su estatus socio-económico (proletarias, desocupadas y sub-proletarias en rangos de pobreza extrema).

La familia contemporánea lleva inexorablemente en su interior el sello de esta relación imperante, reproduciéndola constantemente de múltiples maneras. Bien a través de la asignación inequitativa de tareas, o bien por medio de la desigual distribución de cargas, así como por la ubicación preferencial de sitaliales y por la preferencia con que se dan las menciones y estímulos para el desempeño de las funciones correspondientes, siguiendo un modelo trasladado desde las relaciones sociales. Ante los avances que el feminismo ha obtenido en cuanto a un cierto reconocimiento público para el innegable aporte que brindan las mujeres al desarrollo se mantiene, gracias al velo de la privacidad, la esfera de un poder circunscrito al estrecho ámbito familiar, donde prima descarnadamente y en numerosas ocasiones de manera violenta, este poder de género¹⁰.

10 “...La intensidad y significación de los vínculos afectivos entre miembros de una familia imprimen una particularidad a este grupo humano. Sus dinámicas relacionales se producen por lo general, a través de la comunicación cara a cara. Con frecuencia se establecen alianzas, coaliciones, roles, jerarquías y límites a través de los cuales se evidencian afectos positivos y consensos, pero también relaciones de poder y desigualdades –reales o simbólicas– que cristalizan en vínculos de dominación-dependencia. De manera que en los grupos familiares coexisten relaciones diversas y contradictorias, que varían por la ocurrencia de determinados eventos y de acuerdo a espacios de poder que recrean mandatos de género, generacionales, económicos y raciales, entre otros. Estas dinámicas conforman normas de funcionamien-

Estamos pues, en presencia de un “comportamiento femenino” asignado socialmente -al cual se considera le corresponden obligaciones adicionales deducidas del mismo- colocado bajo vigilancia masculina y observación de la sociedad; sujeto incluso a prevención mediante restricciones y prohibiciones (cuando no directamente a un “castigo”) impuestas por la tutela de un poder consagrado dentro de la misma estructura familiar, a cuyo cargo se encuentran los padres o los cónyuges y parejas, el cual puede recurrir de manera ocasional a la violencia o desencadenarla sistemáticamente como intimidación o como sanción.

Queda aún pendiente de afrontar un problema cuya resolución es indispensable para definir el ámbito jurisdiccional tutelador correspondiente: se trata de la delimitación en torno a la composición que presenta la familia en su diversidad. Para determinar quiénes pueden ser considerados como sus integrantes, en el Estado constitucional cabe que recurramos a la asignación de obligaciones, deberes y derechos que formula la norma suprema para sus integrantes. Así, el nexo que une actual o anteriormente a dos personas bajo una relación afectivo-sexual constituye el núcleo central de la familia junto con la descendencia que hubiesen tenido, generándose en consecuencia un conjunto de deberes y derechos recíprocos entre padres, madres e hijos.

Pero en torno a ese núcleo pueden además agruparse en el hogar -de manera provisional, temporal o indefinidamente- otras personas obedeciendo a distintas circunstancias, entre las cuales se puede considerar incluso las relaciones productivas compartidas como ya expresamos. Nos referimos en concreto a: ascendientes, colaterales o descendientes de uno de los integrantes de la pareja o de ambos, e incluso a los asistentes domésticos. Es por eso que en términos jurídicos sea posible hablar estrictamente, y con mayor propiedad, de **violencia doméstica** como una práctica que puede presentarse entre los integrantes del hogar común – tradicional o disfuncional– donde se cohabita o comparte actividades, o incluso entre sus ex integrantes y partícipes de las obligaciones derivadas; hecho ante el cual se hace posible e indispensable conocer y resolver sobre estos casos a la juzgadora en ejercicio de su rol tutelador de los derechos de libertad, particularmente si la agresión estuviese dirigida contra alguno de los integrantes actuales o pasados del hogar (*domus*) que forme parte de cualquiera de las categorías expresamente definidas por el artículo 66 CRE numeral 3, en su literal b): mujeres, ni-

to familiar que se modifican y reproducen, complejizando el escenario para identificar conductas violentas”. Yohanka Valdés Jiménez; “Socialización de la violencia en las familias: apuntes teóricos”. En: DIAZ TENORIO Mareelen et al. *Violencia familiar en Cuba. Estudios, realidades y desafíos sociales*. Editorial CENESEX, Centro Félix Varela. Publicaciones Acuario. La Habana 2011, páginas 28-29.

ñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, o, contra toda persona de entre aquellos que se encuentre en situación de desventaja (como sería el caso de la dependencia o subordinación a la que están sometidos los empleados domésticos) o de vulnerabilidad.

II. Dominación y violencia en el sistema de relaciones de genero e intrafamiliares

El fenómeno de la violencia en la vida social ha merecido siempre particular atención por distintas disciplinas y su empleo por agrupaciones y estratos especializados y entrenados en su uso -de manera metódica o eventual- para alcanzar determinados fines de amedrentamiento o sometimiento, ha dado pábulo a innumerables justificaciones de carácter teológico o antropológico. En este modelo “bélico” que remonta a los precedentes de la filosofía clásica griega donde los guerreros ocupan un lugar destacado en la organización y el mantenimiento de la *polis*, mantiene su vigencia durante el medioevo europeo y el Renacimiento, mereciendo sesudos estudios acerca de este “*bellum arte*” (arte bélico) por parte de pensadores como Maquiavelo y Hobbes, e incluso de religiosos como Francisco de Vitoria. A partir de las reflexiones del último de los nombrados acerca de la justa causa de los conflictos, Hugo Grocio construirá una serie de preceptos que darán origen al derecho humanitario por el que deberán regirse las confrontaciones. Se da inicio así al trayecto que en el Estado moderno tiende a juridificar el empleo de la violencia con el imperio de normas que regulan su uso por las autoridades y el control sobre las actividades militares en los conflictos bélicos. En el ámbito de lo público entonces, ese fenómeno se convierte en política de un poder sujeto a controles y a responsabilidad por su uso legítimo.

Sin embargo, a la par que se proscribe el uso de la violencia en ese espacio eminentemente estatalizado, el espacio privado de la familia -concebido y tratado como núcleo del dominio privado y sede de la mayor intimidad- permanece al margen de esa proscripción para los métodos de la violencia en las relaciones interhumanas. Consideradas aun hasta mediados del siglo XX como incapaces relativas y sujetas a tutela patriarcal, las mujeres permanecen sometidas a un riguroso sistema de controles y de castigos semejantes a los que se reservaban a los menores y a sectores sociales considerados como inferiores. Los cambios ocurridos en los derechos tras la segunda guerra mundial y la institucionalización del derecho internacional de derechos humanos van a ir penetrando en ese hasta entonces territorio ignoto, donde campeaba a sus anchas un poder arbitrario, dan-

do paso a una protección que abarca no solo a la familia como institución básica, sino también para cada uno sus integrantes, considerados como sujetos iguales en derechos.

Concentremos ahora nuestra atención hacia las distintas teorías que pretenden explicar y atender al fenómeno injustificable de la violencia intrafamiliar bajo cualquiera de las formas que adopta: física, psicológica, sexual y económica o ambiental (cabe dejar sentado aquí que aun cuando la constitución dispone en su artículo 66, numeral 3 literal a) que el derecho de las personas a su integridad incluye los ámbitos físico, psicológico, moral y sexual, la legislación vigente no recoge sino parcialmente y de manera fragmentada o dispersa, la garantía jurisdiccional para la protección de ese derecho en la esfera de la familia). Al efecto agrupemos las principales orientaciones causalísticas acompañadas de las soluciones que proponen para el tratamiento del tema y, lógicamente, sus implicaciones jurídicas.

1. Concepciones deterministas de carácter natural: En cualquiera de sus dos vertientes –la biologicista que pone el acento en la influencia genética y la etológica que lo hace sobre el desenfreno de los instintos agresivos que se consideran propios de la animalidad presente en el ser humano- estas concepciones reducen en realidad la compleja sobredeterminación que gravita sobre los comportamientos humanos a factores propios de su índole natural, los cuales pueden indudablemente hacerse presentes e incidir en los mismos, pero de ninguna manera se los podría considerar aisladamente como el origen del fenómeno de la violencia intrafamiliar. A estas concepciones las acompaña casi siempre una criminalización, bien de una dinastía parental, o bien de grupos considerados como atávicos e incontrolados, con la consecuencia de desarrollar hacia ellos una predisposición a condenarlos sancionándolos con su exclusión, marginamiento o con alguna forma de destierro de la vida social.

Estas soluciones son rayanas con una suerte de higiene social o eugenesia con la que se busca impedir la actividad de esos individuos o grupos apelando a medidas extremas como ser la esterilización forzosa, la reclusión total, o, el internamiento en campos de aislamiento o en nosocomios especiales para los integrantes de aquellos grupos estigmatizados. En nuestro medio ese riesgo de aplicación de tales soluciones se lo corre con la criminalización pública de todo lo relacionado con el tráfico e incluso el consumo de drogas, factor que al estar presente en algunos casos de violencia intrafamiliar donde se encuentren involucrados menores consumidores, conduce a que se los criminalice por partida doble en consideración a calificarlo como contraventor por esa sola razón.

2. Concepciones subjetivistas: Ubicamos en este grupo a las que tienen una raíz sicoanalítica y sostienen con Freud que la pulsión de agresión como afirmación de lo viril proviene de la libido profunda e invariable en respuesta a la necesidad de preeminencia para garantizar la supervivencia, y, a las llamadas conductistas (*behaviorists*) que consideran el empleo de la agresión masculina como el recurso a una especie de *catharsis* o transferencia de responsabilidad al otro por la actuación propia, considerándola por tanto una especie de respuesta desmesurada con la que el agresor enfrenta la frustración que le produce su relación, la cual sería provocada por la baja auto estima que posee. En ambas visiones la función predominante del machismo se da por sentada, encontrando canalización a su cauce mediante el desencadenamiento de la agresividad masculina ante una situación que percibe como amenazante o altamente riesgosa. Desaparece así del ámbito de nuestra percepción la real oposición social de género masculino-femenino, dando como resultado la culpabilización de la mujer por el hecho mismo de serlo y por constituirse en una amenaza voluntaria o involuntaria para la psique dominial del hombre.

La consecuencia en este caso es que, para enfrentar el fenómeno, se ponga énfasis exclusivamente en la necesidad de la resciliencia familiar y de la rehabilitación con tratamientos psicológicos o terapias de comportamiento, dejando a la víctima en un estado de inseguridad y con un fuerte sentimiento de culpabilidad. En los casos jurisdiccionales de violencia intrafamiliar suele ocurrir que, a consecuencia de orientarse el juzgador por estas concepciones al adoptar soluciones, se preste insuficiente atención a la igualdad como principio para la justicia y al mandato de dar una tutela efectiva, imparcial y expedita sobre los derechos a la integridad personal y a una vida familiar libre de violencia. Los disvalores como la violencia en las relaciones familiares para asegurar la dominación, requieren enfrentarlos no sólo con medidas restaurativas ante los actos lesivos, sino también con sanciones efectivas, sobre todo cuando estos se los perpetra contra los derechos garantizados a los sectores más vulnerables de la sociedad.

3. Concepciones cognitivistas: son aquellas que asumen la existencia de mecanismos bio-sico-sociales multiculturales que se encuentran íntimamente interrelacionados y conectados a través de dispositivos -individuales y colectivos- adecuables por medio de procesos formativos y correctivos. Uno de esos dispositivos es precisamente, el de las relaciones de subordinación en torno al género como construcción social histórica que encuentra su expresión en la consagración de la coerción y la sanción por la autoridad familiar como castigo por infringir un orden simbólico. Trastocar relaciones de poder tan arraigadas como lo están aquellas, requiere procesos políticos, normativos, formativos, culturales y medidas jurisdiccionales adecuadas para el fin perseguido del régimen de inclu-

sión y equidad que es el Buen Vivir (Sumak Kawsay). Esas soluciones no pueden dejar de lado consecuencias o secuelas que pudiesen derivarse de las situaciones de violencia y que tendrían repercusiones sociales, como sucede con el efecto reflejo de los métodos de agresión instaurados en la vida familiar sobre la conducta futura de los hijos criados en ese ambiente.

Pese a todo ello, no se puede simplemente omitir derechos sustantivos o procesales que amparen a los imputados sometidos al enjuiciamiento de su conducta, sobretodo cuando estos deban enfrentar medidas judiciales destinadas a la protección de la víctima que conlleven algún tipo de restricciones a sus derechos en cualquier medida, o, una merma de sus intereses (*mandamus* o *interdicto*), sin establecer la debida motivación en que se sustenta la aplicación de aquellas. Precisamente ese papel prudencial es el que está llamada a jugar la ponderación durante esa fase preparatoria del enjuiciamiento.

Pasemos ahora a considerar en qué consisten las distintas modalidades de violencia a los que se refiere la Constitución. Previamente tomemos como punto de partida a la definición que sobre el particular nos trae la Convención de Belém do Pará que entrase en vigor el 5 de marzo de 1995, la cual en su artículo 1 establece que: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como en el privado.” Cabe destacar del texto en mención la tipificación imputable, la cual abarca tanto a la plasmación objetiva del acto como a las actitudes y comportamientos masculinos, asumidos desde una posición social de poder existente en las relaciones de pareja, y considerados en su estrecha relación con las consecuencias lesivas producidas a la mujer.

Mientras tanto la Organización Mundial de la Salud la ha definido de la siguiente manera: “... El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”. Pasemos a continuación a enumerar las diversas modalidades que adopta:

1. Violencia física: Es aquella proveniente de malos tratos que afectan a la integridad corporal de la persona produciéndole toda clase de heridas o fracturas y trastornos en su organismo. A consecuencia de los mismos se produce una afectación en la salud de la víctima que conduce a la inhabilitación temporal de ella y a la necesidad de su rehabilitación.

2. **Violencia psicológica:** Consiste en un conjunto de conductas amenazantes y vejatorias que apuntan a desestabilizar la situación emocional de la víctima y a debilitar su auto estima con la finalidad de obtener su total sometimiento a la voluntad y exigencias del agresor. Aunque de más difícil detección, el daño producido es más duradero y precisa de terapias y tratamientos complejos.

3. **Violencia moral:** El empleo de distintos medios que distorsionen la imagen social que proyecta la víctima para lesionar su dignidad afectándola en su derecho al honor y al buen nombre, es lo que configura a esta acción dañina. Sus consecuencias son de difícil reparación por el carácter difuso de la opinión pública requiriéndose para ello presentar públicamente excusas, disculpas por el agravio y asumir compromisos efectivos sometidos a vigilancia para su cumplimiento, de respetar la integridad de los llamados derechos morales del ser humano. De igual forma deberá considerarse como tal al trato humillante dado a la mujer en la vida familiar de manera constante y sistemática lesionándola en su auto estima.

4. **Violencia sexual:** Incluye toda una gama de actuaciones de orden sexual cometidos contra la voluntad, deseos y planes de la mujer, desde comentarios e insinuaciones hasta la violación. La violencia sexual suele ir acompañada de violencia física o de violencia psicológica. Las amenazas, los celos, las acusaciones de infidelidad e intimidaciones concurren igualmente a la perpetración de esta agresión. Las secuelas pueden ser emocionales y alterar los valores por los que normalmente nos guiamos.

Aunque el texto de la Constitución no la menciona, y tomando en cuenta que en algunas disposiciones de los instrumentos internacionales de los derechos humanos sí se lo hace, debemos señalar otra modalidad de violencia que es la económica o patrimonial. Se configura esta al impedir el control sobre bienes y recursos materiales de la pareja, como suele suceder cuando la mujer es expulsada abruptamente del domicilio compartido y se le impide su ingreso, condenándola de esta suerte a privaciones injustificadas. La consecuencia es el desamparo al que se enfrenta la víctima y el ilegítimo despojo de sus derechos a los bienes comunes.

Apuntemos que la finalidad última que persigue el empleo de cualquiera de las formas reseñadas de violencia en la familia (como en cualquier otra estructura de poder), es la de colocar y mantener bajo control a comportamientos ajenos mediante la intimidación o recurriendo a castigos y a tratos degradantes.

Por ese motivo se va incrementando la tipificación de las figuras que adopta la violencia de género: Muchos países han seguido ya el ejemplo de los Esta-

dos Unidos, donde se creasen leyes sancionando el acoso masculino sistemático (*stalking*) llevado a cabo de manera tan insistente y reiterada que conduzca a una grave alteración en la vida cotidiana de la mujer (conforme contempla la jurisprudencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de Justicia de España), con la intención de mantenerla bajo control constante y someterla de manera humillante. Este objetivo de ejercer control sobre la mujer de muy variadas maneras que persigue este tipo de poder, se encuentra graficado en la llamada “rueda de Duluth (desarrollada por el *Domestic Abuse Intervention Project* en Duluth, Minnesota).



Resta tan solo dejar establecido en qué consiste el nexo que permite relacionar la violencia contra la mujer en el ámbito familiar y en el doméstico con la que puede considerarse como violencia de género. Apelemos para ello nuevamente a la consideración de esta última como una especie de código para los comportamientos sociales basados en la inequidad lo cual conlleva como resultado la consagración de relaciones asimétricas de dominación-subordinación en la sociedad. Consecuentemente, el Derecho Internacional de Derechos Humanos considera que para definirla hay que recurrir al criterio medular que las sustenta, el cual radica precisamente en la desigualdad del estatus de género y en el discrimin que lo acompaña.

Partiendo de tal criterio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Opuz contra Turquía (9 de junio del 2009) dejó sentado el criterio de que la pasividad judicial exhibida por el Estado para investigar la agresión contra la denunciante, era una clara demostración de discrimin en la protección debida contra la violencia por lo que debía ser considerada como violencia de género. Para nuestro ámbito -tomando en cuenta las obligaciones que de manera específica establece para los Estados miembros la Convención Americana en sus artículos 8 y 25, así como para los suscriptores de la Convención de Belém do Pará el artículo 7.b- la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fernández Ortega contra México asumió similar consideración, aplicable al caso de que no se demostrase la debida diligencia por parte del Estado en la investigación judicial de la violencia dirigida contra las mujeres por lo que la misma debe pasar a ser considerada como violencia de género imperante en el medio social, ameritando un conjunto de medidas y de políticas para desterrarla:

Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010: **193**. *En casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.*

208. *La Corte reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación [de la mujer] en el acceso a la justicia. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género.*

Para poder expresar con mayor precisión y de una manera más adecuada el significado trascendental y la relevancia que va adquiriendo la lucha por un nuevo modo de convivencia basado en la igualdad, la dignidad, la solidaridad y la interculturalidad, quizá sea mejor recurrir a una hermosa metáfora proveniente de la sabiduría milenaria manifestada como refrán por Mahatma Gandhi, el profeta de una resistencia activa recurriendo a métodos no violentos para enfrentar la fuerza del poder: “el fin está en los medios como el árbol está en la semilla”.

III. El enfoque de género en las normas acerca de la violencia familiar

El enfoque al que hemos recurrido en el transcurso de la presente investigación es el cualitativo-cuantitativo que se caracteriza por valorar un conjunto de prescripciones normativas y de principios considerados en su aplicación. Recurrimos para ello a una investigación sistemática de doctrinas jurídicas que han sido consagradas en la práctica jurisprudencial y a la valoración de doctrinas histórico-sociales, con métodos lógico-históricos acerca de su vigencia y eficacia. Adicionalmente, nos servimos de una visión analítica y crítica acerca de las instituciones y del empleo que dan a la normativa de conformidad con el enfoque metodológico elegido.

Por su carácter prescriptivo que se expresa en la finalidad que persigue, cual es intervenir en una realidad social dada para adecuarla a fines trascendentes como el buen vivir, garantizando simultáneamente la vigencia de valores y la sujeción a principios, el objeto cognitivo del derecho tiene un componente normativo y doctrinario de carácter lógico analítico por una parte, y otro axiológico principista que examina los aspectos éticos que versan sobre aquellos contenidos so-

ciales que realicen los parámetros de inclusión y de equidad indispensables para el pluralismo y para la diversidad. Sobre la base de la diversidad constituyente y la plurinacionalidad organizacional que caracterizan al Ecuador, tanto los mencionados valores y principios rectores que configuran a las normas cuanto su formulación lógica responden a paradigmas variados y a múltiples epistemes, lo cual plantea el empleo de una metodología intercultural en primer lugar.

La interculturalidad introduce una visión dialógica para el enfoque integral de los derechos en su diversidad atendiendo a la propiedad sistémica que los articula. De allí como primera consecuencia la necesidad de sujetarlos al principio de igualdad no discriminatoria complementado con el de equidad por medio de medidas afirmativas. Luigi Ferrajoli denomina a esta perspectiva la ley del más débil: "...<Igualdad> es término normativo: quiere decir que los <diferentes> deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. <Diferencia(s)> es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad"...”entonces no tiene sentido contraponer <igualdad> a <diferencia>”¹¹. Pero no se agota allí la potencialidad y alcance de esa visión dialógica. Para los fines que perseguimos, es necesario dejar sentado que la conformación de patrones de comportamiento y los estereotipos de género socialmente consagrados al afectar a las mujeres, buscan imponer una mentalidad de sumisión y una actitud de complacencia en ellas fundada en el atemorizamiento físico, moral y económico que dificulte el ejercicio de sus derechos. De allí la importancia de medidas especiales por parte del Estado que contemplen lo que se denomina como el enfoque de género.

La otra dimensión metodológica a considerar es la interdisciplinariedad y transdisciplinariedad paradigmática aplicada al discurso jurídico, con la que se busca superar el encerramiento de los distintos saberes que versan sobre lo jurídico y lo social dentro de estrechos marcos considerados tradicionalmente como infranqueables e inmensurables entre sí. Un enfoque multifacético de la complejidad característica de la variada problemática que se anuda en torno al género como categoría social, requiere de una cooperación entre aquellos distintos aspectos de la preceptividad agrupados por áreas del derecho, los cuales conforman el conjunto de objetivos que persigue la justicia, aun cuando estos se relacionen

11 FERRAJOLI Luigi: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004, página 79

con distintos ámbitos del saber y la existencia humanas, Así, para abordar adecuadamente y de manera integral el tema de la emancipación de la mujer en los diversos espacios y circunstancias donde la encontramos presente, debemos recurrir a diversas disposiciones regulatorias referidas a los derechos y deberes de la familia; a disposiciones laborales o de seguridad social que las conciernen de manera general o específica; y, a la normativa sobre actividades económicas que pudiesen involucrarla.

La interdisciplinariedad para el enfoque transversal de género se expresa también en la conformación de unidades judiciales o administrativas integradas por profesionales especializados en los conocimientos por los que se rigen otras tantas disciplinas de las ciencias. Se hace indispensable por otra parte, tomar en consideración a la **transdisciplinariedad** para alcanzar un enfoque relacionante que permita vincular campos integrados del saber ante situaciones que requieren su tratamiento desde categorías etnográficas y culturalistas, desde las cuales podamos abordar multifacéticamente la situación de las mujeres que forman parte de las nacionalidades y pueblos indígenas, negros y montubios. El reduccionismo a una esencialidad monocultural eurocéntrica de lo jurídico no solo nos velaría el acceso a una comprensión cabal de la situación en que se desenvuelven las integrantes de dichos sectores, sino que, sobretodo, nos alejaría de una justicia que tenga en cuenta el principio de la diversidad constitutiva del Ecuador.

3.1. La perspectiva de género:

Todos estos aspectos se sintetizan en el carácter transversal que debe aplicarse desde una perspectiva de género destinada a enmendar aquellas visiones que se distorsionan al situarse en la óptica característica para las posiciones de poder, y asumir en consecuencia, como si fuese obligatoria la exigencia de sometimiento ante las relaciones asimétricas que se manifiestan en la vida social. Dicha perspectiva de género en el ámbito judicial de la violencia doméstica se pone a prueba principalmente al producirse el juzgamiento de las denominadas circunstancias que rodean a la agresión (atenuantes o agravantes). Lejos de ser apreciadas como excusas válidas para esta, merecerían un análisis con enfoque de género para evitar el convertirlas fácilmente en atenuantes y hasta eximentes desde el sentido común consagrado por el que se guía una justicia cómplice de la colonialidad de género e insensibilizada ante sus manifestaciones despóticas -como acontece casi siempre con la consideración que se da a la celotipia masculina como una supuesta “alteración” conductual, apelando a la cual se vería mermada la responsabilidad del agresor-.

Ese tipo de conductas expresadas en acecho y vigilancia sobre las actuaciones de la mujer producen un menoscabo en su autonomía personal. Las mismas pueden ser apreciadas en toda su dimensión de discrimen al adquirir la forma de acoso sistemático, el cual lesiona considerablemente la integridad psicológica de la mujer por lo que merece ser concebido como una forma de daño agravado en razón a la vulnerabilidad de la víctima y al riesgo adicional que implica para ella, por lo que a este caso se le debería aplicar más bien una calificación como circunstancia agravante de la agresión. Incluso en los casos de feminicidio este tipo de comportamiento, dañoso por sí mismo, puede considerarse como antecedente que sirva para dar paso a configurar la agravación de dicha infracción por **alevosía**; mientras que si se estableciese la conexión entre ambas actuaciones, el acoso fundado en los celos, merecería la calificación de sancionable como infracción concurrente, ante lo cual correspondería una acumulación de penas.

3.2. Disposiciones Normativas: Las prescripciones constitucionales del Art. 81 de la Norma Suprema sobre el juzgamiento por medio de procedimientos especiales y expeditos para los distintos tipos de infracciones contra la seguridad e integridad de grupos vulnerables

Siguiendo esta línea tuteladora para la eficaz protección de los derechos que toma en consideración la igualdad normativa y la protección para la diferencia, nuestra constitución apelando a los principios de favorabilidad para su aplicación (artículo 11 numeral 5 CRE) y al de la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de estos y de los intereses de las personas, para garantizar más adecuadamente ese ejercicio tutelar consagra en su artículo 81 el establecimiento de procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y aquellos que se perpetren contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y toda persona merecedora de una protección mayor. Por su formulación imperativa, este precepto constituye una fórmula mandatoria cuyo destinatario es el legislador para que, en uso de la atribución que le confiere a la Asamblea Nacional el artículo 120 numeral 5 CRE, proceda de conformidad con el artículo 84 CRE para adecuar las normas respectivas, formal y materialmente, a los derechos de rango constitucional. Sin embargo, lejos de dar cumplimiento con dicho mandato, la Asamblea Nacional derogó la ley contra la violencia de género e intrafamiliar hasta entonces vigente, e introdujo un procedimiento contravencional especial en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, estableciendo medidas a las que denomina como de protección, agrupadas junto con otras que por su carácter más bien pueden catalogarse como medidas de aseguramiento de índole penal.

La razón de ser de tal disposición constitucional radica en que los sectores y categorías sociales enumerados se encuentran en situación de riesgo adicional por su situación en la estructura social, por lo que el juzgamiento de sus victimarios y agresores debe regirse por reglas que tomen en cuenta esas especificidades, siguiendo la ley del más débil de Ferrajoli. Esa especificidad tiene que ir acompañada del carácter especial de los procedimientos a los que se recurra para mejor garantizar los principios de eficacia, celeridad, simplificación y economía procesal (artículo 169 CRE). Todo ello en el marco de inclusión y de equidad social que caracterizan a un régimen para el Buen Vivir.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), norma por la que se rigen las distintas infracciones catalogadas como contravenciones y delitos, contiene en líneas generales dos tipos de procedimiento: el contravencional y el acusatorio con etapas iniciales, preprocesal e indagatoria, respectivamente. Sin embargo, ninguno de los dos cumple a cabalidad con las caracterizaciones que impone el mencionado artículo 81 CRE. Las medidas de aseguramiento deben sujetarse al principio de estricta legalidad que rige en el Derecho Penal¹² (Ferrajoli) según el cual el tipo de infracción y la pena respectiva deben estar previstas por la norma. De igual manera procede para el caso de aquellas medidas de aseguramiento que se consideren aplicables al proceso, las cuales por ser consideradas como subsidiarias dentro del mismo y extraordinarias en su uso, no afectan al trato como inocente del imputado, ya que persiguen prevenir y evitar conductas dañosas, o la perpetración de acciones que obstruyan e impidan la dinámica procesal (riesgo de fuga).

En cuanto a las medidas de protección, estas difieren radicalmente de las anteriores al tratarse más bien de un tipo de medidas cautelares (*writ of injunction* o interdicto) propias del Derecho Internacional de Derechos Humanos –principales por su papel decisivo en el proceso tutelador por lo que deben considerarse de empleo común en el mismo- al estar destinadas, como ya se ha dicho, a salvaguardar el derecho a una vida libre de violencia¹³. En tales condiciones podemos

12 “...el principio de estricta legalidad, en el sentido que se le ha asociado hasta el momento de metanorma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la decidibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, es una garantía que se refiere sólo al derecho penal. En efecto, sólo la ley penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican”. FERRAJOLI Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004, página 379.

13 “...las únicas limitaciones admisibles a los derechos fundamentales son aquellas que tienen su fuente en la Constitución y en ella se fundamentan, es decir, aquellas limitaciones orientadas a la protección de otros derechos o bienes constitucionales”. BRAGE CAMAZANO Joaquín: *Los límites a los derechos*

sostener que, salvo las disposiciones acerca de las medidas de protección destinadas a proteger a las víctimas previstas en los numerales 2,3,4,5,6,7,9 y 12 por el artículo 558 COIP, y el juzgamiento oral en audiencia para los casos de violencia intrafamiliar conocidos por las judicaturas especializadas, podría aseverarse sin temor a equivocación que existe una situación de incumplimiento del mandato equivalente a omisión legislativa, lo cual genera una laguna que debe ser considerada -pese al vacío así producido en el ordenamiento constitucional-, más de orden material que formal por la afectación generada sobre uno de los derechos de libertad, por lo cual requiere ser cubierta provisionalmente por la juzgadora mientras esta perdure, y hasta que la Asamblea Nacional cumpla con lo dispuesto en la norma suprema.

3.3. El tratamiento de las lagunas por omisión:

El tratamiento previsto para resolver las lagunas materiales en el ordenamiento jurídico producidas por omisión es, en nuestro sistema concentrado, el control abstracto por la Corte Constitucional que está facultada para dictar una norma remediadora de carácter general sobre la base de su capacidad interpretativa y modulacional, y de la vinculatoriedad *erga omnes* que puede darle a sus sentencias. El problema radica en que a su vez, dicha capacidad solo puede ejercerla *in iudicando*, es decir dentro de un proceso de conocimiento, al estar basada su actividad en el principio jurisdiccional de disponibilidad que no le permite llevar a cabo un examen de oficio sobre la validez de las normas vigentes. De esta manera, ante la persistencia de esa laguna material, el juzgador que conoce los casos de violencia intrafamiliar o doméstica, y de género, afronta la dificultad adicional de no poder inaplicar las disposiciones normativas (como se preveía en la anterior constitución), quedándole tan solo el recurso de utilizar la consulta en caso de duda, acerca de alguna cuestión de inconstitucionalidad para ante la Corte Constitucional, el cual presenta la dificultad del retardo que conlleva para el despacho eficaz del proceso.

Ante esta situación, los principios de aplicación de los derechos contemplados en el artículo 11 CRE brindan la oportunidad para que el juzgador recurra a ellos en sus decisiones, particularmente a los que expresan enunciados válidos para el enfoque de género, como son el derecho a la igualdad no discriminatoria y empleo de medidas afirmativas que promuevan una igualdad real; el principio de favorabilidad para la aplicación de los derechos eligiendo entre las disposiciones de la cons-

titución y las de los instrumentos internacionales de derechos humanos; el principio de cláusula abierta para todo derecho derivado de la dignidad de las personas y las comunidades, y, el derecho a merecer la restauración y reparación de sus derechos garantizado por el Estado. Los instrumentos válidos para esa práctica provienen de los cánones consagrados hermenéuticamente por medio de las decisiones jurisprudenciales que dejan sentadas líneas de desarrollo progresivo.

3.4. Las medidas de protección para las víctimas de la violencia intrafamiliar

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 588 estipula lo siguiente:

Artículo 558.- Modalidades.- Las medidas de protección son:

- 1. Prohibición a la persona procesada de concurrir a determinados lugares o reuniones.*
- 2. Prohibición a la persona procesada de acercarse a la víctima, testigos y a determinadas personas, en cualquier lugar donde se encuentren.*
- 3. Prohibición a la persona procesada de realizar actos de persecución o de intimidación a la víctima o a miembros del núcleo familiar por sí mismo o a través de terceros.*
- 4. Extensión de una boleta de auxilio a favor de la víctima o de miembros del núcleo familiar en el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.*
- 5. Orden de salida de la persona procesada de la vivienda o morada, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o sexual de la víctima o testigo.*
- 6. Reintegro al domicilio a la víctima o testigo y salida simultánea de la persona procesada, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal de estos.*
- 7. Privación a la persona procesada de la custodia de la víctima niña, niño o adolescente o persona con Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos 210 discapacidad y en caso de ser necesario nombramiento a una persona idónea como su tutora, tutor o curadora o curador, de acuerdo con las normas especializadas en niñez y adolescencia o el derecho civil, según corresponda.*
- 8. Suspensión del permiso de tenencia o porte de armas de la persona procesada si lo tiene o retención de las mismas.*

9. *Ordenar el tratamiento respectivo al que deben someterse la persona procesada o la víctima y sus hijos menores de dieciocho años, si es el caso.*
10. *Suspensión inmediata de la actividad contaminante o que se encuentra afectando al ambiente cuando existe riesgo de daño para las personas, ecosistemas, animales o a la naturaleza, sin perjuicio de lo que puede ordenar la autoridad competente en materia ambiental.*
11. *Orden de desalojo, para impedir invasiones o asentamientos ilegales, para lo cual se deberá contar con el auxilio de la fuerza pública. La medida de desalojo también podrá ser ordenada y practicada por el Intendente de Policía, cuando llegue a su conocimiento que se está perpetrando una invasión o asentamiento ilegal, e informará de inmediato a la o el fiscal para que inicie la investigación correspondiente.*
12. *Cuando se trate infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, además de las medidas cautelares y de protección prevista en este Código, la o el juzgador fijará simultáneamente una pensión que permita la subsistencia de las personas perjudicadas por la agresión de conformidad con la normativa sobre la materia, salvo que ya tenga una pensión.*
En caso de delitos relativos a violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; delitos de integridad sexual y reproductiva e integridad y libertad personal, trata de personas, la o el fiscal de existir méritos, solicitará urgentemente a la o al juzgador, la adopción de una o varias medidas de protección a favor de las víctimas, quien de manera inmediata deberá disponerlas.
Cuando se trate de contravenciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; la o el juzgador de existir méritos, dispondrá de forma inmediata una o varias medidas señaladas en los numerales anteriores.
Los miembros de la Policía Nacional deberán dispensar auxilio, proteger y transportar a las víctimas de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y elaborar el parte del caso que será remitido dentro de las veinticuatro horas siguientes a la autoridad competente.

IV. La ponderación en el otorgamiento de las medidas de protección

4.1. La legitimidad de la presunción de lesividad, la determinación pericial sobre el grado de afectación de la integridad física de la víctima y la previsibilidad de los posibles riesgos que la amenazan

En el ordenamiento constitucional ecuatoriano se establece como fundamento para los derechos, un conjunto de garantías normativas, administrativas y jurisdiccionales para dar cumplimiento a su cometido establecido como el principal

deber del Estado conforme al artículo 3 numeral 1 de la norma suprema. De otro lado, conforme a los principios prescritos para su aplicación, el contenido fundamental de los mismos debe desarrollarse de manera progresiva. Estas disposiciones son válidas para el caso del derecho a una vida libre de violencia en lo tocante a la tutela debida para las víctimas de aquella en el ámbito familiar.

La adopción de medidas de protección para la víctima en la fase pre procesal se fundamenta en el principio de prevención para evitar un riesgo de futuras agresiones físicas, psicológicas, sexuales, morales o patrimoniales a través de disposiciones que afecten en mayor o en menor medida los derechos del imputado. En vista de que aún no se encuentran establecidos procesalmente los hechos que permitan el enjuiciamiento y la sanción respectiva, las susodichas medidas deben fundamentarse en indicios que deben ser considerados por la juzgadora en su dimensión objetiva. Tomando en cuenta de que las medidas conllevan restricciones de derechos como a la libertad ambulatoria o a la inviolabilidad del domicilio tipificados por el artículo 66 CRE, los requisitos indispensables para la adopción de la decisión respectiva acerca de las medidas deben ser: los indicios fundados de la existencia de alguna de las infracciones lesivas de la integridad en cualquiera de los aspectos anteriormente enumerados, y, el riesgo evidente para la víctima.

En cuanto a los primeros, vale la pena tener en cuenta al tipo de violencia a que nos referimos y a sus características, ya examinadas anteriormente. Debido a que ella se produce en el marco cerrado de la familia y bajo la protección de la intimidad, se puede considerar como suficiente indicio la mera denuncia de la víctima, a condición de que sea cuando menos consistente y sin fisuras, aun cuando en determinadas circunstancias específicas del caso se pueda exigir algún indicio adicional como por ejemplo si la denuncia no proviene directamente de la víctima, sobretodo, si esta es un menor. Al testimonio contenido en la denuncia, deberán acompañarse la pericia médica estableciendo la secuela de la agresión y la valoración del psicólogo de la Unidad.

En lo atinente a la valoración del riesgo no existe una regla definida para ella, por lo que cabe remitirse a la prudencia, para lo cual cabe tomar en consideración factores como los antecedentes sobre los participantes existentes en las unidades de violencia, el perfil de la personalidad del agresor, la reiteratividad en la conducta agresiva, la cercanía y el control que ejerce sobre la víctima y el estado de ánimo de esta tras la agresión. Esos factores de riesgo no pueden de ninguna manera ser ignorados, ya que de no hacerlo podría producirse un desenlace trágico e irreparable.

Sin embargo, el problema surge cuando esas medidas –que no pueden constituirse en un juzgamiento previo– deban aplicarse a imputados que formen parte de alguno de los grupos de atención prioritaria, titulares de medidas afirmativas de equiparación, o que sean personas que se encuentren en riesgo doblemente agravado, como serían: adultos mayores, personas con enfermedades catastróficas, discapacitados, e incluso las propias mujeres madres de familia o embarazadas. Aunque es verdad que la titularidad de esas medidas apunta a promover la igualdad real, no es menos cierto que algunas de las medidas de protección en contra de estas personas podría lesionar más aun su situación de desventaja y afectar además a su capacidad de ejercer adecuadamente su defensa procesal. Ante esta situación es que cabría recurrir al método de la ponderación.

4.2. La determinación de la necesidad ineludible de aplicar restricciones y/o cargas que afecten a derechos y libertades del imputado, cuya situación jurídica aún está por resolverse en sentencia

La actividad juzgadora –a diferencia de la investigativa obligada siempre a explicar o validar sus conclusiones– debido a su carácter eminentemente práctico, destinado dar una solución a una controversia o a un diferendo, se fundamenta en una justificación motivada para la decisión que contiene. La forma más sencilla de motivación es la llamada justificación interna que consiste en obtener una conclusión a partir de las premisas establecidas y aceptadas como valederas por su certeza. En esto consiste la llamada lógica deductiva, aplicable para los casos fáciles, en los cuales por ejemplo el modelo al que ha recurrido el legislador contiene variantes diversas con soluciones previstas anticipativamente acerca de los sujetos y del acto inculpativo y las medidas de protección correspondientes al mismo.

El problema se torna complejo al afrontar los llamados casos difíciles que requieren soluciones argumentativas complementarias a favor de las premisas opuestas, lo cual nos conduce hacia una justificación externa de la motivación a emplear. Siguiendo la disposición contenida en el literal l) del numeral 7, artículo 76 CRE podemos sostener que para dar cumplimiento con esta, no basta con enunciar la norma o principio jurídico en que se basa la decisión, sino se explica además la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Prestemos atención entonces a las variantes que pueden presentar tales antecedentes para considerar las normas a aplicar.

En lo referente a los sujetos de la violencia puede presentarse la situación que anotamos anteriormente, en el sentido de que el agresor fuere alguien que se

encontrase categorizado dentro de las personas o grupos considerados como de atención prioritaria. Ante esta circunstancia es preciso, en primer lugar, establecer la **idoneidad** en cuanto a la eficacia o la aptitud de la medida para alcanzar el fin propuesto, esto es, garantizar la integridad de la víctima, tomando en consideración como ya se dijo, a los indicios con que se cuenta para suponer la perpetración de la infracción, y la probabilidad del riesgo que corre de volver a soportar otra agresión. Se trata para este propósito de considerar la relación causal entre la medida dispuesta y el efecto real que puede producir su aplicación. Para el efecto, la idoneidad de lo dispuesto por el legislador debe considerarse como una regla, mientras que para establecer lo contrario se requiere llevar a cabo un control de evidencia por parte de la juzgadora acerca de la posible falta de idoneidad de la disposición respectiva, en el sentido anteriormente señalado. Ese control implica tomar en consideración si la medida dispuesta es suficiente en intensidad como para proteger la integridad de la víctima, y si no se requiere otra restricción adicional sobre los derechos del imputado habida cuenta de su condición de desigualdad para cumplir con la prevención de nuevos actos de violencia.

Superado el control de evidencia acerca de la idoneidad de la medida, correspondería a continuación establecer la **necesidad** de la misma en el sentido de que sea ineludible recurrir a la misma y que no exista ninguna alternativa distinta, cuyos efectos fueren menos gravosos sobre los derechos-garantías especiales que les corresponden a las personas y grupos de atención prioritaria conforme al capítulo tercero Título II CRE. El control sobre la necesidad de aplicar una medida de protección versaría entonces sobre el grado de importancia para la afectación que se pudiese ocasionar sobre los derechos de aquellos, el mismo que tan sólo admite alcanzar un nivel soportable para el contenido mismo del derecho que no implique desdibujarlo ni anularlo, o, que pudiese llegar a convertirse en una actuación que redunde en un menoscabo para su ejercicio conforme prescribe el artículo 11 CRE en sus numerales 4 y 8. Consiste, además de lo expuesto, en un juicio comparativo entre distintas medidas y disposiciones –idóneas todas ellas– para arribar a una escala mediante la cual se fijen los distintos grados de afectación que las mismas pudiesen provocar. Dicha escala clasificatoria –como la esquematiza Robert Alexy– puede tener los grados de: **leve** (menor o débil), **moderada** y **seria** (alta y fuerte); pero en cualquier caso implica siempre llevar a cabo una operación delimitadora sobre los principios; la cual sin embargo, al producirse, los precisa y aclara en su operatividad. Sobre todo en casos como los que hemos planteado, hay que prevenir el impacto mayor o menor que de la aplicación de medidas de protección restrictivas pudiesen derivarse hacia aquellas medidas afirmativas de igualdad reconocidas constitucionalmente para esta categoría de personas y de grupos, las mismas que no pueden ser afectadas por su carácter de

principios constitutivos genéricos para garantizar la inclusión y equidad propias del régimen para el Buen Vivir.

A esta altura de la exposición y previamente a desembocar en el juicio de proporcionalidad propiamente dicho -con el que se lleva a cabo la ponderación entre los principios opuestos que concurren en la decisión pre-procesal de medidas de protección a favor de la víctima- dejemos validado el recurso legítimo a esta técnica con la opinión del máximo intérprete de los derechos en nuestro ordenamiento: la Corte Constitucional. En su sentencia No. 012-17-SIN-CC del 10 de mayo del 2017, ese organismo considera que una disposición normativa cuyos supuestos fácticos conduzcan a que sus consecuencias adopten una forma restrictiva “...no permite al juzgador dictar medidas idóneas, necesarias y proporcionales, considerando además, que en los casos relatados, la o el obligado principal (de pensiones alimenticias) pertenece a uno de los grupos de atención prioritaria previstos en el Capítulo III del Título II de nuestra Constitución de la República, **cuyo tratamiento jurídico debe ser especial.**”

Queda claro entonces que el recurrir a la ponderación es un imperativo proveniente tanto de la forma prescriptiva cerrada que acusa la norma, cuanto de la obligatoria aplicación del principio de afirmación equitativa para dichos grupos y sectores, a semejanza de lo que corresponde tomar en consideración para resolver medidas de protección dentro de los casos especiales de violencia doméstica que hemos estado examinando.

4.3. La regla de proporcionalidad para la ponderación: la equivalencia entre el grado de realización. A mayor grado de protección necesaria para la integridad de la víctima, mayor grado de intervención para la restricción de derechos del imputado

Una vez que se ha llevado a cabo la determinación de la intensidad para la realización del principio constitucional que fundamenta la ley mediante el control de idoneidad de las medidas protectoras para garantizar la integridad de la víctima, así como el grado de intervención necesario en el derecho fundamental de un imputado al que le amparan –o deben conferírsele– medidas afirmativas de igualdad real, procede ahora sí efectuar el proceso de ponderación.

El principio de prevención, que se expresa en la disposición legal que prevé el otorgamiento de medidas para garantizar la integridad de la víctima como expresión de su derecho a una vida libre de violencia, requiere como hemos señala-

do, ser tratado como un auténtico mandato de optimización conforme al precepto contenido en el numeral 6 del artículo 11 CRE. Para ello sin embargo, en este tipo de casos caracterizados como difíciles por involucrar al principio de afirmación positiva para la igualdad real, es indispensable confrontarlo con este último recurriendo para el efecto, a la ponderación. Como lo señala Robert Alexy, esta puede resumirse de la siguiente manera: "...Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de detrimento a un derecho o principio, mayor será la importancia en la satisfacción del otro principio"¹⁴. Se establece así una proporción inversa por la que se vincula un principio con el otro, cediendo el segundo de ellos una parte de su cobertura ante el peso superior que se le asigna al primero. Determinar el *quantum* correspondiente a esa transferencia constituye el problema concreto a resolver mediante un razonamiento que se rige por una lógica que no se ciñe, exclusivamente, a los argumentos deductivos silogísticos propios de la subsunción.

La ponderación como señala Carlos Bernal Pulido¹⁵ "...consiste en una comparación entre el grado de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de la realización del principio constitucional que fundamenta la norma legal que se controla, para establecer una relación de precedencia condicionada entre aquel derecho y ese principio". Dicha prioridad así establecida no tiene carácter general sino que al provenir de las específicas circunstancias del caso respectivo, se sujeta al mismo. Identifiquemos la disyuntiva que se plantea en torno a la precedencia que se debe dar entre ambos: por un lado el "*in dubio pro victima*" previsto por la disposición legal al disponer determinadas medidas de protección a favor de ella, fundamentado en la exigencia constitucional y convencional de dar cumplimiento a un estándar riguroso para cumplir con la perspectiva de género, encontrándose por ello mismo debidamente justificado para alcanzar la finalidad de garantizarle a esta una vida libre de violencia; y por el otro, el principio "*pro libertate*" del artículo 11 CRE numeral 5, particularmente reforzado de manera afirmativa para producir un estatus de igualdad real (ibíd. numeral 2).

Aunque a priori podamos considerar la preeminencia del primer principio sobre el segundo por la razón obvia de que el Estado es el garante de la seguridad y la integridad de todos los habitantes de su territorio, y en consideración a que

14 Robert Alexy: "De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural". En: MONTEALEGRE LYNETT Eduardo, BAUTISTA PIZARRO Nathalia y VERGARA Luis Felipe: *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014, página 45.

15 BERNAL PULIDO Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, página 787.

su intervención para estos casos se encuentra justificada de manera argumentativa en la doctrina acerca de la prevención de la violencia de género ya invocada –afianzada por lo demás en la presunción de legitimidad que se le reconoce a la norma no cuestionada en su constitucionalidad–, no es menos cierto que el problema se traslada en todo caso al grado que se le puede dar a la intervención restrictiva de derechos para el imputado en el caso concreto. Al ceder este último ante el *in dubio* que prevé expresamente la norma legal, se vuelca la fuerza del precepto en el sentido *pro victima*. El principio contrario, *pro libertate*, mantiene a su favor, sin embargo, aquel carácter reforzado que proviene de los principios correspondientes a los derechos de protección (artículo 76 CRE), colocándolo junto al anterior bajo la cobertura de los principios constitutivos sistémicos del ordenamiento constitucional ecuatoriano, los de inclusión y equidad social que acompañan a la diversidad propia de la sociedad ecuatoriana, para asegurar el ejercicio, la garantía y exigibilidad de los derechos (Título VII Régimen del Buen Vivir, artículo 340 CRE)

V. Las soluciones posibles ante los casos difíciles¹⁶

Podría decirse que la violencia dentro del hogar ha tenido un desarrollo impresionante en los últimos años y que ha crecido a un ritmo más rápido incluso que los accidentes de tránsito y los robos, convirtiendo a la familia en el foco de violencia más destacado de la sociedad, realidad que se contrapone al fin preconcebido al ámbito familiar: terreno de cultivo de las relaciones más generosas, seguras y duraderas.

Sin embargo, tal afirmación obedece tanto a la exposición pública de las cifras de casos de violencia, cada vez más alarmantes, como a la sensibilización social frente a una realidad que ahora se difunde sin tabúes a través de los medios de comunicación, a la concienciación por parte de las autoridades, a la opi-

16 “...Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la ampliación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudencia*, ponderar el Derecho para el caso)”. Josep Aguiló Regla:

“Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. En: LIFANTE VIDAL, Isabel. *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Palestra editores, Lima 2010, página 29.

nión publica cada vez más accesible a través de las redes sociales y a una actitud de rechazo de la sociedad a cualquier forma de violencia.

Se está fomentando una conciencia social respecto a no ocultar los casos de violencia que se viven en los espacios más íntimos de cada ciudadano, antes disimulados por una malentendida razón de familia.

La realidad que se conoce a través de las decenas de denuncias que día a día llegan a las Unidades de Violencia Intrafamiliar de nuestro país, nos describen a familias de diversos estratos sociales, ampliamente demostrados en los niveles pobres, como escenarios donde más vivamente se manifiestan hostilidades, rivalidades y los más amargos conflictos entre hombres y mujeres, entre adultos mayores, jóvenes y niños.

Si bien el mecanismo de la violencia en cualquiera de sus formas obedece a una relación de poder desigualmente histórica en el seno de la familia, al abuso de la fuerza y autoridad de uno sobre la debilidad y sometimiento del otro, pero no siempre es así. El preconcebido estado de superioridad en el agresor frente al estado de inferioridad de la víctima, en algunos casos se ve desvirtuado ante un eventual estado de vulnerabilidad del agresor, reconocido constitucional y legalmente, lo cual debe ser tomado en consideración al momento del juzgamiento.

Al igual que los niños y las mujeres, los adultos mayores conforman un colectivo con un factor común: la vulnerabilidad. En el adulto mayor este estado de vulnerabilidad se acentúa por el declinar físico y psíquico de cada individuo en particular. De manera general tanto la fuerza física como la capacidad psíquica se ven disminuidas, lo cual constituye el escenario perfecto para cualquier agresor.

El colectivo de adultos mayores constituye uno de los grupos de atención prioritaria, conforme lo prevé el artículo 35 de la Constitución. Las diversas formas de violencia intrafamiliar sobre este grupo vulnerable van desde la violencia psicológica y la negligencia en el cuidado que requieren, hasta la agresión física e incluso sexual. La falta de atención y cuidado diligente a los adultos mayores es una forma de violencia sutil, generalmente invisibilizada.

Estas son precisamente la razón de ser de las judicaturas de violencia doméstica e intrafamiliar (considerando a la primera de dichas manifestaciones como más concentrada en un ámbito definido como es el espacio hogareño frente al carácter descentrado de la segunda, y ambas como espacios donde potencialmente se desenvuelve una violencia de género que expresa las jerarquías sociales con

dominancia machista). Sin embargo, estas jurisdicciones no pueden confundir su papel con el que correspondería a una policía administrativa radicada en los órganos de la administración pública, sino que les toca desplegar su actividad tutelar como auténticos organismos jurisdiccionales a los que se le ha encomendado por mandato constitucional y legal una materialidad definida: la de proteger y juzgar las situaciones de agresiones físicas, psicológicas, sexuales, emocionales y patrimoniales que se dieran en los ámbitos señalados.

Les compete entonces a quienes integran estas judicaturas el complejo ejercicio de una justicia que –como señala Manuel Atienza¹⁷– es una idea regulatoria destinada a orientar la producción y aplicación del Derecho, en el caso que nos ocupa, dentro del ámbito específico en el que se desenvuelve el derecho a una vida libre de violencia, con lo cual a su vez–añadiríamos de nuestra parte– al desarrollarse en ese sentido, orienta a que la convivencia social dentro del Estado se enrumbe hacia la conformación de un régimen de inclusión y de equidad social para el “buen vivir”.

Como estableciese la resolución adoptada por el Tribunal Constitucional, conformado de acuerdo a las disposiciones de la Constitución Política de la República del Ecuador anteriormente vigente, al asumir durante el periodo de transición que mediaba hacia la designación de la Corte Constitucional las atribuciones previstas en la Constitución del 2008 para aquella, debía de tomarse especialmente en consideración al proceder a desempeñar las atribuciones del control constitucional previstas en la nueva Carta del 2008 una de las consideraciones novedosas que trae dicho ordenamiento supremo en torno a “...*La aplicación y eficacia directa de la Constitución (lo cual)... implica que los jueces y los demás operadores jurídicos, incluyendo los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una regla de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales, para determinar de forma legítima si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la carta fundamental; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución*”... “*En el plano teórico, el reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución, significa desde un punto de vista estricto, que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para interpretar la ley o para completarla, lo cual significa que la norma superior se aplica, en lugar de, frente a, o por lo menos, junto al resto del ordenamiento*”.

El reto así planteado lleva implícita la obligación de ir construyendo nuevas prácticas jurisdiccionales a la luz de los cánones constitucionales y buscando la concordancia práctica de sus principios con las disposiciones por las que se regula el ordenamiento. Una de las más fructíferas innovaciones en ese sentido lo constituye el método de la ponderación aplicable para los casos difíciles que no se someten a la regla del racionamiento por subsunción.

Es aquí precisamente que entra en juego la regla de proporcionalidad en sentido estricto. Particularmente para aquellas medidas que implican una intervención intensa para los derechos fundamentales: en este caso procede por ende un examen intensivo sobre la materialidad de la intervención que incluye una estricta precisión sobre la forma de su aplicación para delimitarla en su alcance real para los comportamientos permitidos y restringidos.

Al tratarse de derechos específicos de personas colocadas como de atención prioritaria cuyos derechos pueden ser objeto de la intervención a través de las medidas, considero que cabe también este tipo de examen intensivo sobre la materialidad de la misma incluso cuando la intensidad de aquella fuera intermedia, para velar porque la afectación se produzca de manera adecuada sobre sus derechos específicos. Siendo así, no bastaría entonces con atenerse a la clasificación *prima facie* que deviene de la propia prescripción normativa –aunque se deba considerar la misma- sino que debe prestarse atención a su materialidad concreta ajustada a las características del caso.

Empecemos pues, por la clasificación de la intensidad *prima facie* que presentan las distintas medidas de protección:

INTENSIDAD LEVE: las medidas de los numerales 2, 3 y 4 del art. 558 COIP: Prohibición de acercarse a la víctima o testigos; prohibición de realizar actos de persecución o de intimidación a la víctima; extensión de una boleta de auxilio a favor de la víctima.

INTENSIDAD MEDIA: las de los numerales 7, 9 y 12 *ibíd.*: Privación de la custodia de la víctima, niña, niño o adolescente; orden de tratamiento para el procesado; fijación simultáneamente a las medidas de una pensión de subsistencia a favor de los perjudicados.

INTENSIDAD ALTA: las de los numerales 1, 5 y 6 *ibíd.*: Orden de salida de la vivienda o morada; reintegro de la víctima al domicilio y salida simultánea del imputado.

Intentemos finalmente formular algunos enunciados que se pudiesen considerar como válidos para el enjuiciamiento ponderado de las medidas de protección aplicables judicialmente para estos casos difíciles, de la siguiente manera:

1. *“A mayor riesgo presumible por los antecedentes de que se produzca una repetición de agresión contra la vida y la integridad personal, procede la aplicación de medidas de protección correspondientes a la más alta intensidad (numerales 1, 5 y 6), de una manera condicionada y adecuada para provocar la menor restricción posible de los derechos constitucionales de afirmación positiva correspondientes al imputado como integrante del grupo de personas de atención prioritaria, como sucedería en ciertos casos con la afectación de su derecho a la vivienda”.*

2. *“A una presunción alta de riesgo frente a la probabilidad de agresión contra la integridad física, psicológica y económica de la víctima, procede la aplicación detallada de medidas de protección con intensidad media (numerales 7, 9 y 12), preservando aquellos derechos constitucionales del imputado considerados como específicos para su calidad de persona de atención prioritaria, evitando que se produzca por ejemplo, una afectación a su ingreso básico pensional con una carga que lesione considerablemente su derecho a la subsistencia”.*

3. *“A una presunción simple de un posible riesgo de agresión contra la integridad psicológica o emocional, procede la aplicación de medidas de protección con intensidad baja (numerales 2, 3 y 4), sin afectar sustancialmente al conjunto de los derechos constitucionales del imputado por su calidad de persona considerada como de atención prioritaria”.*

Es necesario que dejemos constancia de que en el caso 1 para el cual se aplican las medidas de protección de intensidad seria o alta, el acondicionamiento que corresponde hacer a estas –al cual hemos hecho referencia–, implica su arreglo y acomodo modulado para preservar en su contenido fundamental y en su dimensión social a los derechos de afirmación positiva de los imputados, particularmente en cuanto a lo que se relaciona con la garantía de igualdad de ejercicio para los mismos y no discrimen. En cuanto al caso 2 para la aplicación de medidas con intensidad media, se trata de preservar en su integridad aquellos derechos constitucionales específicos que les corresponden como integrantes de cada una de esas categorías, tanto para su acceso, como para el ejercicio y goce de ellos. Y por último, en el caso 3, se debería tomar en consideración que, al aplicar alguna de las medidas de intervención sobre los derechos de protección de este tipo de imputado correspondientes a las de menor intensidad, se procure no

afectar con ellas significativamente alguno cualquiera del conjunto de los derechos constitucionales de libertad establecidos a favor de las personas por el artículo 66 CRE.

A manera de conclusión

El empleo que hemos propuesto de la ponderación para adoptar decisiones en torno a medidas pre procesales de protección -estando pendiente aún de establecer en sentencia el estado de culpabilidad del imputado- en aquellos casos cuando se tratare de alguna persona catalogable entre los grupos de atención prioritaria, favorece la aplicación de un procedimiento racional y argumentativo que desemboca en la motivación debida y pertinente de la decisión gracias a la modulación de la medida, permitiendo por tanto graduar la intensidad que se le da a la intervención sobre los derechos específicos de estos, limitándose así la posibilidad de que se pudiese producir un acto arbitrario de autoridad cuyas consecuencias resultaren graves e incluso irreparables.

En atención a lo expuesto, se torna necesario apelar a su uso de manera sistemática y ordenada para lograr que se vaya creando una fuerte base de sentencias referenciales, cuyas líneas argumentales le den una sólida base a la ponderación. Para ello resulta indispensable promover académicamente entre los jueces de violencia intrafamiliar, la fiscalía, la defensoría pública y los diversos operadores jurídicos, una cultura de análisis concienzudo, estudio detenido y aplicación sistemática de la *ratio decidendi* a las que apela para fundamentar motivadamente y de manera sistemática sus sentencias, la Corte Constitucional, así como las razones en que se sustentan aquellas sentencias referidas a la violencia de género provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; elementos ambos que proveen de elementos doctrinarios con fuerza vinculante o indicativa, acerca de la necesidad de la intervención eficaz sobre los derechos para lograr un fin legítimo por un lado, y de recurrir a la modulación en el fallo para producir una solución mesurada en cuanto a la restricción de derechos en un grado tal, que pueda considerarse como absolutamente indispensable para robustecer aquella, por el otro lado. Un abordaje desde estos ángulos opuestos y una concurrencia de las perspectivas diversas que le darían los distintos participantes en el proceso, aseguraría una efectiva reflexión dialógica¹⁸ y, sobretodo, una aplicación prácti-

18 "...La interpretación iusfundamental y convencional deben ser objeto de reflexión y discusiones amplias con la comunidad para mejorar la toma de decisiones por los operadores de justicia. De igual manera, las sinergias institucionales y los dispositivos procedimentales de la jurisdicción ordinaria deben ser

ca mejor fundamentada de la justicia constitucionalizada en el camino a transitar hacia el “buen vivir”.

Nuestra propuesta no puede omitir la demanda de que se dé cabal cumplimiento con el mandato prescrito por la Constitución ecuatoriana en el sentido de que se requiere una ley específica de rango orgánico sub constitucional contra la violencia de género en todos los ámbitos de la vida social, y particularmente en la esfera familiar. Ella haría posible enfrentar decididamente esta manifestación de la desigualdad social y el abuso del poder en cualquiera de sus manifestaciones: física, psicológica, sexual, emocional, patrimonial, posibilitando una vigilancia social y jurisdiccional eficaz en diversos espacios como ser: el laboral, formativo, ocupacional y por supuesto, en el familiar. Como lo consagra la Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia de República Plurinacional de Bolivia, en su artículo 32 “...Las medidas de protección son de aplicación inmediata, que impone la autoridad competente para salvaguardar la vida, la integridad física, psicológica, sexual, derechos patrimoniales, económicos y laborales de las mujeres en situación de violencia y los de sus dependientes”. Una disposición con un contenido tal permite una amplia gama de medidas tuteladoras que se podrían dictar, incluyendo entre sus disposiciones las indispensables restricciones sobre los derechos patrimoniales del imputado y las limitaciones impuestas para cualquier ejercicio de autoridad indebida por parte de los acosadores en el lugar de trabajo.

Nuevamente volvamos nuestra atención hacia Manuel Atienza para culminar estas líneas y poder, recurriendo a su indiscutida autoridad, relativizar todo lo que hasta aquí hemos sustentado sobre la ponderación y el papel racional que estaría llamada a jugar, considerándola como si estuviese facultada para encontrar por sí sola y con ese exclusivo medio una solución en el tipo de casos difíciles que planteásemos. Atemperemos esa arrogante pretensión recurriendo a lo que afirma tan acucioso investigador: “...Los jueces, o quienes deban tomar decisiones en casos difíciles..., no tendrían que estar adornados únicamente de lo que podemos llamar virtudes de la racionalidad práctica, sino que deberían po-

complementados con procesos dialógicos y deliberativos para el intercambio de argumentos razonados y plurales sobre la concreción de la justicia en los litigios ordinarios. El desafío consiste en recuperar o construir el lugar del pueblo en los debates y decisiones constitucionales, por una parte, y por otra, desarrollar debates incluyentes y deliberativos entre las ramas del poder y la ciudadanía para concertar las políticas jurisdiccionales y constitucionales que permitan renovar la justicia”. CORDOVA VINUEZA Paúl: *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2017. Preludio a cuatro manos con Claudia Storini, página LXIV.

seer también otras cualidades... como buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión o valentía. En definitiva, una teoría de la razón práctica tendría que ser completada con una teoría de las pasiones¹⁹. Pero esta indicación nos remite ya a otro asunto, sobrepasando nuestro alcance y los límites que nos impusimos. Correspondería entonces enfocarlo de otra manera totalmente distinta a la que hemos usado para abordar el tema. Dejamos por tanto abierta esa opción.

Referencias bibliográficas

AGUSTINA, José Ramón (director): *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*. Euros Editores S.R.L. Buenos Aires 2010.

ATIENZA, Manuel: *Tras la justicia*. Editorial Planeta S.A. Barcelona 2012.

BLOCH, Ernst: *El principio esperanza*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *Los límites a los derechos fundamentales*. Editorial DYKINSON S.L. Madrid 2004.

CORDOVA VINUEZA, Paúl: *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2017.

DIAZ TENORIO, Mareelen y otras: *Violencia familiar en Cuba. Estudios, realidades y desafíos sociales*. Editorial CENESEX. Centro Félix Varela. Publicaciones Acuario, La Habana 2011.

FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004.

LARRAURI, Elena: *Criminología crítica y violencia de género*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2007.

LIFANTE VIDAL, Isabel (editora), Josep Aguiló, Manuel Atienza, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Francisco J. Laporta: *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Palestra editores S.A.C. Lima 2010.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (compilador): *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014.

MARCHAL ESCALONA A. Nicolás (director): *Manual de lucha contra la violencia de género*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2010.

Bibliografía de consulta

ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008.

ATIENZA, Manuel: *El derecho como argumentación*. Editorial Ariel S.A. Barcelona 2006.

AVILA, Humberto: *Teoría de los principios*. Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2011.

CARBONELL, Miguel y Pedro P. GRANDEZ CASTRO (coordinadores): *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra editores S.A.C. Lima 2010.

DIAZ REVORIO, Francisco Javier: *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997.

FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (coordinador): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Dilex S.L. Madrid 2007.

GARAICOA ORTIZ, Xavier: *Hacia un poder ciudadano autónomo y multicultural. Un caso testigo: la constitución ecuatoriana de 2008*. Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina 2015.

GHERSI, Carlos Alberto: *Metodología de la investigación en ciencias jurídicas*. GOWA Ediciones Profesionales, Buenos Aires 2001.

GIL RUIZ, Ana María: *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Dykinson S.L. Madrid 2007.

GOZAINI, Oswaldo Alfredo: *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso*. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires 2004.

HERNANDEZ MARIN, Rafael: *Las obligaciones básicas de los jueces*. Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis: *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires 2014.

LONDOÑO AYALA, César Augusto: *Principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá 2009.

LONDOÑO AYALA, César Augusto: *Medidas de aseguramiento. Análisis constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2009.

MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana. Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago 2003.

PIRES ROSA, André Vicente: *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Livraria e editora Renovar Ltda. Rio de Janeiro 2006.

VALLE FERRER, Diana: *Espacios de libertad: mujeres, violencia doméstica y resistencia*. Espacio editorial, Buenos Aires 2013.

ZAVALA EGAS, Jorge: *Código Orgánico Integral Penal. Teoría del delito y sistema acusatorio*. Murillo editores, Guayaquil 2014.

RESUMEN

El derecho constitucional a una vida libre de violencia para las mujeres dentro del ámbito familiar y para todos los demás integrantes del núcleo ampliado que la constituye, implica garantizar mediante tutela jurisdiccional la integridad física, psicológica, moral y material de las víctimas, recurriendo incluso, de manera previa al enjuiciamiento, a medidas de protección destinadas a impedir nuevas agresiones. Persiguiendo con ellas una finalidad legítima, cabe sin embargo establecer la debida proporcionalidad entre el otorgamiento que se haya hecho de las mismas y el correspondiente grado de restricción que se fuere a disponer sobre los derechos del imputado; sobre todo cuando este forma parte de alguna de las categorías de personas a las que se les reconoce por la constitución una atención prioritaria. ¿Cómo debería de obrar el juzgador en estos casos? Este es el motivo de la presente investigación que persigue promover el uso del método argumentativo hermenéutico de la ponderación como solución ante estos casos difíciles.

PALABRAS CLAVE

Género, dominación, violencia, acoso, tutela, ponderación, idoneidad, necesidad, proporcionalidad.

ABSTRACT

Women's Constitutional Right to a life free of violence within their family setting and for all remaining members of the extended family circle, entails to ensure through judicial protection the victim's physical, psychological, moral and material integrity, including even the use, previous to the prosecution phase, of protective measures to prevent new assaults. Pursuing with them a legitimate purpose, however, it's worth mentioning that it's necessary to set the proportionality between the enforcement of said measures and the level of restriction that will be exerted over the defendant's rights; especially when the defendant belongs to a group of people to whom the constitution grants priority attention. In these cases, how the judge should take action? This is the subject of this investigation that looks to promote the use of the argumentative method through the interpretation of the weight of the matter as the way to solve these difficult cases.

KEY WORDS

Gender, domination, violence, harassment, guardianship, weighing, suitability, necessity, proportionality