



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS

ESCUELA DE DERECHO

TEMA:

**“LA NECESIDAD DE ADOPCIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS A
FAVOR DE LAS MUJERES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE
2008”**

**TESINA PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTOR:

AB. ÁNGEL GUILLERMO ARIAS INGA

DIRECTOR:

DR. JORGE ENRIQUE MORALES ÁLVAREZ

CUENCA – ECUADOR

2011

DEDICATORIA

A **Dios** por guiar el sendero de mi vida.

Detrás de cada ser humano hay personas que son el sostén de nuestra existencia, en virtud de ello quiero dedicar el presente trabajo: a **mi esposa Gabriela**, por haberme enseñado el significado del amor y por su apoyo en todos los proyectos emprendidos, a **mi hija Alanis**, por ser la continuación y luz de mi vida, a **mi mami Margarita** por sembrar en mi valores que me siguen acompañando; y, a **mi papi Guillermo**, quien a la distancia ha sido mi apoyo y consejero constante.

AGRADECIMIENTO

A Dios por ser tan bueno conmigo.

A mi familia por conducirme hacia el sendero del bien y dar lección de que todo lo que se consigue en este mundo implica un sacrificio.

A los maestros del claustro de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, en especial a mi director, Dr. Jorge Morales Álvarez, digno ejemplo de virtudes, dilecto maestro y amigo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Índice de Contenidos.....	iv
Resumen.....	vi
Abstract.....	vii
Introducción.....	1
 Capítulo 1: La Igualdad	 5
1. 1. Antecedentes históricos del principio de igualdad.....	5
1. 2. Clases de igualdad.....	9
1. 2. 1. La igualdad forma o jurídica.....	9
1. 2. 2. La igualdad material.....	12
1. 3. La discriminación.....	13
1. 3. 1. Concepto.....	13
1. 3. 2. Clases.....	15
A. Discriminación directa.....	15
B. Discriminación indirecta.....	16
1. 3. 3. La no discriminación.....	17
1. 4. La igualdad como derecho a la diferencia.....	19
1. 5. Igualdad entre el hombre y la mujer.....	21
 Capítulo 2: Las acciones afirmativas	 23
2. 1. Origen.....	24
2. 2. Concepto.....	25
2. 3. Elementos.....	29
2. 4. Justificación.....	31
2. 4. 1. Justicia compensatoria.....	32
2. 4. 2. Justicia distributiva.....	33
2. 4. 3. Utilidad Social.....	34

2. 5. Requisitos del test de razonabilidad.....	34
2. 5. 1. La existencia de un objetivo perseguido.....	35
2. 5. 2. La validez del objetivo a la luz de la Constitución.....	35
2. 5. 3. La razonabilidad del trato desigual.....	36
2. 5. 4. Examen de proporcionalidad del trato desigual al caso concreto.....	37
2. 6. Tipos de acciones afirmativas.....	40
2. 6. 1. Medidas de concienciación.....	40
2. 6. 2. Medidas de promoción de la igualdad.....	40
2. 6. 3. Cuotas o medidas de discriminación inversa.....	41
2. 6. 4. Medidas de concienciación.....	42
 Capítulo 3: La necesidad de adopción de las acciones afirmativas a favor de las mujeres en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	 44
3. 1. Sujetos.....	46
3. 1. 1. Sujeto Activo.....	46
3. 1. 2. Sujeto Pasivo.....	47
3. 2. La cláusula de acción afirmativa para el caso de las mujeres en la legislación ecuatoriana.....	48
3. 3. El caso del último inciso del Art. 81 de la LOSEP.....	52
3. 4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana en materia de acciones afirmativas en beneficio de las mujeres.....	58
3. 5. Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de acciones afirmativas en beneficio de las mujeres.....	59
 Capítulo 4: Conclusiones.....	 63
 Bibliografía.....	 69
Legisgrafía.....	72
Linkografía.....	73

RESUMEN

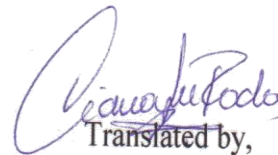
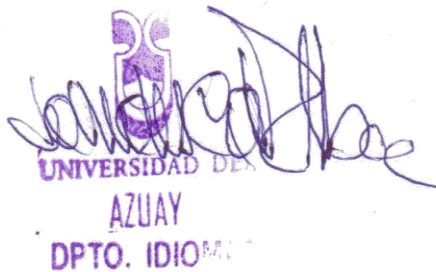
Las acciones afirmativas son medidas establecidas a favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desventaja, en este caso, las mujeres, de ahí que para su correcta aplicación, se deben conocer y revisar aspectos fundamentales relacionados con el tema, por ello, se quiere efectuar un examen concreto y preciso de nociones referidas a su concepción teórica y práctica.

Entre las innovaciones de la Constitución vigente, es de vital importancia la relacionada con las acciones afirmativas, porque es obligación del Estado adoptarlas para que la igualdad material ocurra en la realidad y no sea una mera enunciación.

ABSTRACT

Affirmative Actions are legal measures established in favor of the right holders who are in a disadvantageous situation, in this case women; that is why, for the correct implementation of these procedures it is important to learn and understand the fundamental aspects related to this matter, consequently, a concrete and precise examination of the theoretical conception and practical aspects is proposed.

Among the innovations of the current Constitution, vital importance is given to Affirmative Actions, given that it is the State's obligation to adopt these measures in order to assure material equity not only on paper, but in reality as well.



Translated by,

Diana lee Rodas

INTRODUCCIÓN

No existe en el orbe transición que sea fácil, pues el proceso de cambio en las estructuras estatales conlleva tiempo, a pesar de lo indicado desde que se entró en vigencia la presente Norma Fundamental, han transcurrido tres años y durante tal tiempo en nuestro país poco se ha discutido sobre las acciones afirmativas.

La discriminación hacia la mujer ha permanecido y aún persiste en nuestra sociedad, para muestra un botón, recién la Constitución de 1929 reconoció derechos políticos, hoy llamados de participación a las mujeres, es más actualmente, los puestos de dirección en las instituciones tanto públicas cuanto privadas son llenados en su mayor parte por varones y las mujeres generalmente se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía o administrativos, en los cuales no se toman decisiones importantes, como sí ocurre en los sitios de dirección, por ende, siendo parte de una colectividad, donde a pesar de las campañas emprendidas por las entidades del sector público, organismos no gubernamentales, organizaciones sociales, persiste aún la discriminación, se vuelve inevitable realizar un estudio sobre las acciones afirmativas, concebidas éstas como herramientas indispensables para alcanzar la pretendida igualdad entre hombres y mujeres, logrando de esta forma una sociedad más igualitaria y participativa donde las diferencias no nos separen sino nos unan.

Si bien el tema de las acciones afirmativas es de reciente data para el derecho ecuatoriano, no obstante ha sido objeto de preocupación de quienes se ocupan del estudio de los nuevos contextos constitucionales, dentro de las cuales sin duda ocupa un lugar destacado, pero al ser una institución propia del derecho anglosajón no se trata únicamente de adoptarla sino de adaptarla y ajustarla a nuestra realidad.

La importancia de las acciones afirmativas está ligada a la búsqueda del orden justo, porque tales medidas se imponen como un mecanismo idóneo para promover y superar las desigualdades que a lo largo del tiempo se han dado, en el caso, en razón del género. El Estado no sólo debe encargarse de poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento porque lo protegible va más allá, son los derechos fundamentales, entre ellos la igualdad.

En otro orden de ideas es trascendental conocer los cambios dados, ya que se ha producido una reforma importante en la legislación ecuatoriana, porque mientras el Código Político de 1998, desarrollaba poco sobre la igualdad; la vigente Carta del Estado despliega el derecho a la igualdad y con éste las acciones afirmativas en varios preceptos como el Art. 11 numeral 2 o el Art. 66 numeral 4, entre otros. En suma, el sólo hecho de que exista un nuevo Código Político que dejó sin efecto el anterior, es razón suficiente para la motivación del tema.

Una cuestión más personal en torno al impulso de realizar esta monografía: soy hombre y tengo una esposa, una hija y una madre. Estoy consciente de lo que ellas han padecido y sobre lo que a mi hija le tocará vivir en un mundo vertido en su contra, de ahí que si no adoptamos las acciones afirmativas, la sociedad seguirá siendo discriminatoria y excluyente, no tenemos que permanecer inmutables a lo que ocurre con las mujeres, no porque ejerzamos tal vez roles sociales importantes debemos considerar que ellas son incapaces de realizarlos, en relación a ello extraigo la siguiente cita:

“Decir que soy hombre, con la mirada desde el género, significa que estoy consciente de mi situación de privilegios y desventajas en sociedades patriarcales como las nuestras. Tengo el privilegio de poder, irresponsable e impunemente, dejar de ejercer roles sociales importantes, sin los cuales la sociedad sería un desastre. Al mismo tiempo, y paradójicamente, ese privilegio es mi desventaja. Privarse del rol de cuidado es privarse de la afectividad que implica el desarrollo de vínculos con las personas queridas... Y de eso nos perdemos los hombres, de la posibilidad de ser más sensibles, más emocionales, más femeninos, y esto, tarde o temprano, con conciencia o sin ella, lo pagamos, en el peor de los casos, con el abandono y la soledad”¹.

El trabajo investigativo girará en torno a la pregunta central del problema planteado, es decir, la necesidad de adoptar las acciones afirmativas en beneficio de las mujeres en la Constitución de Montecristi.

El empleo racional de las acciones afirmativas quiere decir que no todo tipo de trato desigual esté justificado, sino únicamente aquel tratamiento que no sea discriminatorio y que supere el test de razonabilidad, pues no se puede so pretexto de

¹ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; “La propuesta y la provocación del género en el derecho”. En: En: “El género en el derecho: Ensayos críticos”; Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (compilador y compiladoras); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2009; págs. xxviii-xxix.

establece una política de acción afirmativa menoscabar los derechos y libertades de otras personas. De ahí, que es tarea del máximo órgano de interpretación judicial, así como de los funcionarios encargados de la encomiástica función de administrar justicia, limitar hasta que punto un tratamiento diferente es o no discriminatorio.

La presente investigación analizará las acciones afirmativas, que se encuentran reguladas en el tercer inciso del numeral segundo del Art. 11 de la Carta del Estado vigente, debiendo acotar que si bien esa disposición se refiere a las acciones afirmativas en general, no obstante, al ser un tema extenso circunscribiremos nuestro radio de exploración en torno a un grupo específico de los titulares de derechos, que se encuentran en desigualdad, como son las mujeres.

Este trabajo empieza por la igualdad, que es el vértice de donde parten dichas acciones, por eso, en el primer capítulo nos referimos a los antecedentes de la igualdad, sus clases: material y formal; como entre igualdad y discriminación hay una diferencia radical, trataremos la discriminación, sus clases, la no discriminación, para posteriormente remitirnos a la igualdad como derecho a la diferencia, pues si somos diferentes, no se nos debe tratar igual en supuestos distintos y por último haremos alusión a la tan ansiada igualdad entre hombres y mujeres, partiendo de que se deben eliminar los privilegios otorgados tanto al uno como al otro género.

En el segundo capítulo, resulta trascendente tener una idea clara y concreta de la finalidad de estas acciones previstas en la Constitución, denunciando y criticando sustentadamente cualquier uso abusivo que pudiera llegar a presentarse, esto es, que los abogados puedan, pensar que toda política sea susceptible de acción afirmativa, razón por la cual, nos referiremos a los antecedentes de las citadas herramientas, su origen, definición, elementos, justificación, clases, además traeremos a colación el test de razonabilidad con cada una de sus etapas, porque sólo si un tratamiento desigual supera tal test, puede ser adoptado como acción afirmativa. Mediante la revisión de algunas sentencias se analizarán si en las mismas el tratamiento que se dio fue racional y justificado, o caso contrario, si se cayó en un tratamiento discriminatorio, es decir, si hubo abusos o extralimitaciones en su uso.

En el tercer capítulo nos centraremos en nuestra realidad, y haremos referencia al sujeto activo y pasivo de las acciones afirmativas, la cláusula de las citadas acciones

en la Constitución de 2008, luego nos remitiremos a algunos cuerpos normativos en donde se establecen medidas de acción afirmativa, para ulteriormente analizar que existe en la jurisprudencia ecuatoriana y colombiana sobre tales acciones, adelantando que en el Ecuador, poco tenemos acerca de tales instrumentos y que en Colombia hay bastante material, pero hemos escogido sólo dos resoluciones por la trascendencia que ellas tienen.

En el último capítulo esbozaremos las conclusiones a las que se ha llegado.

El objetivo principal de este estudio consiste en realizar un análisis sobre la forma en cómo concibe las acciones afirmativas a favor de las mujeres en la Constitución de Ciudad Alfaro y asimismo indagar en la necesidad de la adopción de dichas medidas como medio para lograr la igualdad material.

En este trabajo se trata de probar que es necesario para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, adoptar medidas de acción afirmativa, para que las personas del género femenino no sigan teniendo un universo derramado en su contra.

El enfoque que daremos a esta monografía será desde el punto de vista normativo, esto es, examinando la norma constitucional que trata sobre el tema, específicamente nos remitiremos al precitado Art. 11 numeral 2, inciso tercero, disposición en donde queda expresamente consignado el derecho de las acciones afirmativas. También traeremos a colación los aportes doctrinarios sobre la materia, debiendo adelantar que se han vertido muchos chorros de tinta acerca de las acciones afirmativas, no obstante siempre que se pone en vigencia una nueva Constitución es beneficioso estudiar cómo se conciben los derechos y las instituciones, entre ellos, las acciones afirmativas, que vienen a constituir uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa el Estado constitucional de derechos y justicia, definición que atañe a nuestro país, acorde a lo establecido en el Art. 1 de la Constitución y que supone un avance del estado constitucional, en donde se conjugan derechos y garantías.

CAPÍTULO I: LA IGUALDAD

El 28 de noviembre de 2010 se realizó en el Ecuador un nuevo Censo de Población y Vivienda, que dio como resultado una población de 14'483.499, de la cual el 50.44% (7'305.816) constituyen mujeres, en tanto que el 49.56% (7'177.683) somos hombres²; de lo cual podemos colegir, que la mayor parte de personas son mujeres, es decir, que no se trataría de un grupo minúsculo en cantidad o minoría dentro de la colectividad, todo lo contrario, conforman el conjunto numéricamente mayor, a pesar de ello, todavía no se ha avanzado mucho, no se ha conseguido llegar a la tan ansiada igualdad entre hombres y mujeres, puesto que todavía en todas las esferas de nuestro Estado están insertos rezagos patriarcales.

En tal virtud en este capítulo nos proponemos hacer un resumen lo más breve posible acerca de los antecedentes de la igualdad, para posteriormente traer a colación las dos vertientes de igualdad: la formal o ante la ley y la material o sustancial, después nos referiremos a la discriminación, daremos un concepto de la misma, para a continuación tratar las clases de discriminación que interesan a la presente investigación: directas e indirectas. Ulteriormente veremos el tema de la no discriminación, más adelante analizaremos la igualdad como derecho a la diferencia, para enseguida remitirnos al tópico de la igualdad entre hombres y mujeres.

1. 1. Antecedentes históricos del principio de igualdad

Con el propósito de obtener una concepción más amplia de cualquier vocablo, conviene primero remitirse a su raíz etimológica, para a partir de ella desembocar en la noción conceptual. El DRAE nos indica que igualdad proviene del latín *aequalitas*, que tiene dos significados generales y uno específico en matemáticas; en general igualdad significa “conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma o cantidad”, así como “correspondencia, o proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo; en matemáticas significa “equivalencia de dos cantidades o expresiones”³. No obstante, lo que nos interesa es definir que

² Tomado de [Http: www.inec.gov.ec/estadisticas](http://www.inec.gov.ec/estadisticas). Fecha de consulta: 01 de octubre de 2011.

³ Tomado de <http://buscon.rae.es/draeI/>. Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2011.

entendemos por igualdad desde la óptica de las Ciencias Sociales y vemos que aquí la palabra igualdad adquiere un sentido normativo, esto quiere decir, que cuando decimos que dos personas son iguales ante la ley lo que en realidad pretendemos indicar es que la ley debería tratarlas como iguales⁴ y reconocerlas capacidad para ejercer los mismos derechos, siempre o en acordadas circunstancias.

La igualdad es un principio que tiene tras de sí un largo pasado, empero su verdadero origen y especulación lo encontramos en Aristóteles, quien daba la pauta, de que había que tratar igual a los que tienen características iguales y diferente a quienes poseían cualidades distintas; esta concepción aristotélica de la igualdad hizo que se diferenciara entre ciudadanos y esclavos en la Grecia Antigua y en la contemporaneidad ha dado lugar a regímenes basados en el *Apartheid*. A pesar de que parecería algo inconcebible, ver la igualdad de esta forma, debemos tener en cuenta que no podemos juzgar los hechos del pasado con los ojos del presente.

Luego la igualdad fue pensada como el acercamiento de lo diferente a un ser ideal o a su eliminación, esta idea dio lugar a la homologación o al exterminio; así el método para lograr la igualdad en el primer caso fue la asimilación y en el segundo el genocidio⁵.

En línea de lo anterior, tenemos que desde el surgimiento del constitucionalismo la igualdad, tiene capital importancia ya que se convierte en uno de sus constantes y principios vertebradores, tan cierta es esta afirmación, que ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señalaba que los “hombres nacen y permanecen libres e iguales”⁶, pero de ahí el concepto de igualdad ha variado considerablemente hasta hoy, pues en el tema que nos concierne, colegimos que esta Convención al decir que los hombres eran iguales, suponía que estaba englobando a las mujeres, sin embargo esto no ocurrió, porque la igualdad que se propugnaba era sólo entre hombres, en tanto que las mujeres seguían siendo discriminadas, asimismo tal declaración cuando se refería los hombres pensaba en ciudadanos franceses.

⁴ CARBONELL Miguel; “Los derechos fundamentales en México”; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; Serie Doctrina Jurídica Núm. 185; México 2004; pág. 164.

⁵ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; “El derecho de la naturaleza: fundamentos”; Material entregado en la presente Especialidad en Derecho Constitucional; Cuenca septiembre 2010; pág. 4.

⁶ LÓPEZ GUERRA Luis; “Constitución y género”. En: “Género y Derecho Constitucional”; Fernando Flores Giménez (Coordinador); Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador; Núm. 2; Corporación Editora Nacional; Quito 2003; pág. 15.

Algo digno de resaltar de la Declaración Francesa de 1789 fue haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica; esto implica, que desde tal instrumento la igualdad no fue ya concebida únicamente como un hecho, sino un valor; no era ya una simple afirmación inane, “sino una prescripción y principio normativo establecido en el ordenamiento jurídico”⁷. En otros términos; la igualdad no es un “concepto descriptivo de la realidad social, sino una exigencia de cómo debemos ser los seres humanos en la sociedad contemporánea”⁸.

Actualmente se platica de una igualdad sin discriminación, que consiste siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, en respetar la diferencia cuando la igualdad descaracteriza y combatir la diferencia cuando la distinción subordina. Por ejemplo en el primer caso, si la Constitución ecuatoriana declarase que en nuestro país, existe una religión única oficial por ejemplo la católica, quienes profesen otros cultos tendrían el derecho legítimo de exigir un trato diferenciado; en el segundo caso, quien se encuentre en una situación precaria social y económica podría exigir del Estado un trato igual a quienes gozan de todos los derechos⁹.

El principio de igualdad es un postulado esencial de la libertad, la cual únicamente coexiste en una sociedad de hombres libres e iguales. Si bien partimos del hecho de que los hombres y mujeres son social y naturalmente desiguales, sin embargo en virtud del principio ilustrado, disponen de una igualdad de posibilidades, se trata de “la igualdad que permite que cualquier individuo se coloque en una posición determinada en la sociedad y que desde ella pueda ejercer conductas sin discriminación frente a los demás asociados que se ubiquen en la misma posición”¹⁰.

La igualdad, al depender del contexto social, cultural y lingüístico en que se aplica, posee un carácter abierto en un doble sentido: **1)** es abierto históricamente, ya que la valoración de los rasgos que se pueden utilizar para dar un tratamiento diferente a una persona han sido variables a lo largo de los últimos siglos, así hasta hace poco no

⁷ FERRAJOLI Luigi; “Igualdad y diferencia”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; pág. 163.

⁸ ARROYO VARGAS Roxana; “La igualdad un largo camino para las mujeres”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; pág. 424.

⁹ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; *op. cit.*; pág. 4.

¹⁰ VELÁSQUEZ TURBAY Camilo; “Derecho Constitucional”; Tercera Edición; Universidad Externado de Colombia; Bogotá 2004; pág. 316.

era extraño que existiera una diferencia entre hombres y mujeres al momento de establecer la titularidad del derecho al sufragio activo; y, **2)** es un principio abierto debido a que no es posible hacer un listado de los rasgos que han de ser considerados irrelevantes y que, por ende, no pueden ser tenidos en cuenta para dar un tratamiento igual a dos o más personas¹¹.

En el caso ecuatoriano los rasgos que no deben ser considerados como criterios para distinguir el trato a las personas son veinte, en virtud de lo previsto en el Art. 11 numeral 2 inciso segundo de la Carta del Estado, a pesar de ello, la misma norma al establecer en su última parte: "...ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente", abre la posibilidad de otras características más, vgr.: por razones genéticas, lo cual denota el carácter abierto del principio de igualdad.

En cuanto al desarrollo del principio de igualdad en las Constituciones, no tenemos sino hasta la Ley Fundamental de 1945 que en sus Arts. 15, 141 numeral 2 y 149 introduce el principio de igualdad formal entre hombres y mujeres y hace esfuerzos por avanzar hacia la igualdad material. Estas normas constituyen un primer reconocimiento jurídico de la diferenciación por sexo.

El Código Político de 1979 da un paso más allá en lo atinente a la igualdad, al distinguir entre la igualdad formal y la material, partiendo del dato "real" de la diferencia, equivocadamente intenta igualar a la mujer a un modelo androcéntrico, es decir, a esa visión del mundo y de las relaciones sociales centrada exclusivamente en el punto de vista masculino, así las normas laborales diseñadas en torno al modelo del trabajador ideal que involucran tiempo completo y extra, no toman en cuenta la necesidad de tomar tiempo para partos ni crianza de criaturas. Estas normas y políticas descansan sobre esquemas y prácticas masculinas.

El modelo arriba expuesto va a ser cuestionado por la Suprema Norma de 1998, que en su Art. 23 numeral 3, establecía: "Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades...". Aquí solamente se hace referencia a la igualdad formal, pero no se traza el camino para llegar a la igualdad material.

¹¹ CARBONELL Miguel; *op. cit.* pág. 169.

En cambio la Constitución de 2008 es un texto normativo más igualitario que los anteriores, pues reconoce el derecho a la igualdad en sus diferentes dimensiones: formal, material e igualdad en la diversidad; se extienden las modalidades y causas de discriminación que quedan expresamente prohibidas y se crea todo un sistema institucional sobre la igualdad¹², los Consejos de Igualdad, que a pesar de no haberse constituido aún, esperamos den los resultados que están llamados a proporcionar.

A modo de resumen, el principio de igualdad nos indica que “si entre dos personas existen diferencias irrelevantes, debemos darles un tratamiento igual, pero también nos exige que si esas personas mantienen diferencias relevantes, el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorgue asimismo debe ser distinto”¹³.

1. 2. Clases de igualdad

Si hacemos una comparación entre las Constituciones de la Comunidad Andina con la extinta Carta ecuatoriana de 1998 y la Norma de Ciudad Alfaro, colegimos que ésta última reconoce como ninguna la igualdad formal, la igualdad material, define la discriminación e introduce las acciones afirmativas. En ese apartado nos referiremos a la igualdad formal y a la material.

1. 2. 1. Igualdad formal o jurídica

En materia de igualdad jurídica, la Carta Magna vigente dispone en el primer inciso del numeral 2 del Art. 11, que todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismo derechos, libertades y oportunidades, en sintonía con lo manifestado, el texto constitucional vuelve a hacer mención de la igualdad formal como derecho en el numeral 4 del Art. 66.

La igualdad formal o también llamada igualdad ante la ley expresa la exigencia de que la ley no trate de manera diferente a quienes viven bajo un mismo sistema jurídico, esto implica que las normas jurídicas deben ser generales y aplicarse de manera no arbitraria, es decir, que su aplicación no debe ser contraria a la justicia o

¹² CAICEDO TAPIA Danilo y PORRAS VELASCO Angélica; “Igualdad y diversidad sexual, la hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; págs. 555-557.

¹³ CARBONELL Miguel; *op. cit.*; pág. 170.

la razón, peor aún ser aplicadas solo por mera voluntad o simple capricho, todo esto con el objetivo, de que los casos iguales se resuelvan de la misma forma. El aludido principio supone también un límite de carácter material, pues prohíbe que se pueda discriminar (o tratar de forma desigual) por circunstancias como el sexo, la raza o la religión. En definitiva el principio de igualdad formal no supone que todos deban ser tratados en cualquier circunstancias del mismo modo, sino que hay ciertas características que en principio no pueden utilizarse para establecer diferencias de trato entre la gente¹⁴.

En otros términos, esta igualdad significa que, frente a todo el ordenamiento jurídico vigente en un país –y no solamente ante la ley–, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. En su versión clásica, este principio se sintetiza en la doctrina de iguales pero separados, “hay que tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, esto significaba que cabía trato diferenciado si es que la ley lo establecía”¹⁵.

La igualdad formal era la defendida por los revolucionarios franceses, que se traducía en una igualdad de carácter fundamentalmente negativo, en cuanto a que a la administración pública le estaba vedado dar a sus administrados a un trato diferente o desigualitario, pero eso era todo, ya que, que el principio de igualdad “no iba más allá, en el sentido de proyectarse sobre las condiciones reales de vida de los ciudadanos. No suponía una actividad positiva o prestacional del Estado, sino una restricción de la libertad de acción del poder público”¹⁶.

En nuestro país el proyecto de Ley de igualdad entre hombres y mujeres fue presentado ante la Asamblea Nacional el 18 de noviembre de 2010, pero pese al tiempo transcurrido ha quedado en eso, en un simple proyecto, porque la Legislatura ha centrado su debate en temas de la coyuntura política, dejando de lado tópicos trascendentales como el atinente a la igualdad, pese a ello, el mentado proyecto en su Art. 4 concebía a la igualdad formal como la igualdad en la titularidad, ejercicio y exigibilidad de los derechos, deberes y garantías entre hombres y mujeres¹⁷.

¹⁴ ATIENZA Manuel; “El Sentido del Derecho”; Editorial Ariel; Barcelona 2001; pág. 177.

¹⁵ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; “Los principios de aplicación de los derechos”. En: “La Constitución de 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V&M Gráficas; Quito 2008; pág. 49.

¹⁶ LÓPEZ GUERRA Luis; *op. cit.*; pág. 17.

¹⁷ Tomado de www.asambleanacional.gov.ec; Fecha de consulta: 01 de octubre de 2011.

Esta por demás decir que la igualdad ante la ley “no implica uniformidad en la regulación de situaciones esencialmente distintas. Por el contrario, exige ponderación de los hechos sobre los cuales recae una solución jurídica determinada para ajustarla de manera equitativa y razonable”¹⁸.

La igualdad formal referida a las mujeres, “responde al imperativo de que todas las personas sean tratadas por igual, siempre y cuando estas normas no se elaboren alrededor de los cuerpos y patrones de vida masculinos, que exigen estándares no alcanzables para las mujeres, al ser diferentes cuerpos y patrones de vida”¹⁹.

A pesar de esto, no se puede negar la importancia que significó en su momento el reconocimiento de la igualdad formal, que hizo romper los rezagos del *Ancie Régimen*, con ello la sociedad estamental, pues transformó los privilegios de unos pocos y los convirtió en verdaderos derechos para hombres y mujeres dando un nuevo contenido a la democracia y al poder²⁰.

Por último debemos mencionar que la lucha por la igualdad no se reduce a la mera formalidad, porque es también una lucha por el reconocimiento de la diferencia. Porque la igualdad formal que fue un aporte de las revoluciones del siglo XVII, fue sólo eso: un primer paso en la lucha de la especie humana por la igualdad, ahora se busca alcanzar la igualdad real o material que concibe a los individuos de la especie humana no solo en su ser esencial, ontológico, sino en su existencia real²¹.

Y como aún en el Ecuador de hoy no se han logrado acabar con la exclusión o minusvaloración jurídica de la mujer, es que se hace necesaria una igualdad ya no sólo en la forma, sino en la materia, es decir aquella que tome en consideración las características que hacen a las mujeres diferentes de los hombres.

¹⁸ SALGADO ÁLVAREZ Judith; “Lidiando con la diferencia, respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; pág. 536.

¹⁹ ARROYO VARGAS Roxana; *op. cit.*; pág. 428.

²⁰ *Ídem*; pág. 429.

²¹ LLASAG FERNÁNDEZ Raúl; “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora. En: “Necoconstitucionalismo y sociedad”; Ramiro Ávila Santamaría (Editor); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito agosto 2008; pág. 333.

1. 2. 2. Igualdad material

Cuando hablamos de igualdad material o real nos referimos al supuesto de que el ordenamiento jurídico que rige los destinos de un país debe estar diseñado de manera que su aplicación produzca resultados igualitarios en cuanto a las condiciones de vida de los ciudadanos²².

El proyecto de la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres en su **Art. 5** se refiere a la igualdad material y parte del hecho de que hay que reconocer que existe una desigualdad de hecho entre hombres y mujeres, lo cual hace que tanto hombres como mujeres tengan derecho a que el Estado tome acciones o medidas para lograr la igualdad material²³.

En la igualdad material, se introduce un análisis sustancial que pasa del sistema jurídico abstracto a la realidad concreta de la persona. La mentada igualdad implica que hay que excluir las diferencias sociales y combatir las desigualdades²⁴. Razón por la cual, los poderes públicos ya no deben únicamente abstenerse de realizar un trato desigualitario a las personas, sino que mediante esta dimensión de la igualdad, están llamados a “remover los obstáculos que impidan el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llevar a implementar medidas de acción afirmativa”²⁵.

La igualdad material analiza las condiciones reales de las personas y las coloca en situaciones verdaderas de igualdad, lo cual requiere muchas veces un trato diferente para lograr un trato igual. No se intenta igualar a nadie, “sino proveer el trato y las condiciones concretas que cada quien necesita para satisfacer sus necesidades o atender sus reclamos especiales”²⁶.

Para alcanzar la igualdad real “debemos dar un trato igual a los iguales, trato diferente a los diferentes y trato de favor a las víctimas de las desigualdades provenientes del prejuicio o de la injusticia”²⁷. Es decir, cuando concurren dos personas que se hallen en los mismos supuestos, en donde no haya una razón que

²² ATIENZA Manuel; *op. cit.*; pág. 177.

²³ Tomado de www.asambleanacional.gov.ec; Fecha de consulta: 01 de octubre de 2011.

²⁴ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; *op. cit.*; pág. 49.

²⁵ CARBONELL Miguel; *op. cit.*; pág. 262.

²⁶ ARROYO VARGAS Roxana; *op. cit.*; pág. 429.

²⁷ LLASAG FERNÁNDEZ Raúl; *op. cit.*; pág. 333

justifique un trato diferente, se les debe tratar de igual manera, pero si existe una razón suficiente y esas dos personas son distintos, se deben respetar sus diferencias y tratarles de forma distinta; por último se debe dar un trato preferente siempre que no sea arbitrario e irrazonable, a la persona que pertenezca a un grupo que durante tanto tiempo se encuentre en desventaja frente a otra persona correspondiente a otro grupo que ha estado en situación de privilegio, en el caso, las mujeres frente a los hombres.

Es errado considerar que existe un divorcio entre la igualdad formal y la material, más bien las dos clases de igualdad se complementan, pues al fin y al cabo “la dimensión formal de cualquier concepto, ya sea éste el de igualdad o el de justicia, no es más que la formulación abstracta de su dimensión “real” o material”²⁸. En línea con lo anterior, concluimos que la única posibilidad de hacer que la igualdad formal se torne en un instrumento de transformación de las desigualdades, es a través de la igualdad material. Una manera de lograr esta igualdad material sería tomar las medidas necesarias para que las mujeres puedan gozar y ejercer sus derechos con mayor amplitud en colectividades imaginadas para hombres.

1. 3. La discriminación

1. 3. 1. Concepto

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) adoptada el 18 de diciembre de 1979, es considerada como la Carta Internacional de los derechos humanos de las Mujeres porque “es el primer instrumento internacional que incluye todos los derechos humanos de las mujeres explícita al prohibir todas las formas de discriminación por razones de sexo”²⁹.

El término discriminación, puede ser entendido básicamente en dos sentidos. Un primer significado neutro, según el cual discriminar significa distinguir, separar o clasificar y ello no comporta, en principio, consecuencias y/o connotaciones positivas o negativas. En un segundo sentido, el término ha ido adquiriendo connotaciones peyorativas que hacen de él, casi un sinónimo de términos como

²⁸ OTERO GARCÍA Castrillón; “Igualdad, Género y medidas de acción positiva en la política social comunitaria, disponible en <http://www.ucm.es/eprints>. Consulta: 26 de septiembre de 2011; pág. 14.

²⁹ FACIO Alda; “La Carta Magna de todas las mujeres”. En: “El género en el derecho: Ensayos críticos”; Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (compilador y compiladoras); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2009; pág. 542.

“parcialidad”, “prejuicio”, “favoritismo” o “intolerancia”. En este caso discriminar significa distinguir o diferenciar pero negativamente, es decir, excluir³⁰.

Tomando el segundo sentido del vocablo discriminación, tenemos que tal término se refiere a una diferenciación injusta o ilegítima. ¿Por qué injusta o ilegítima? Porque va en contra del principio de justicia, según el cual deben ser tratados de modo igual aquellos que son iguales. Se puede decir que existe una discriminación cuando aquellos que deberían ser tratados de igual modo sobre la base de criterios comúnmente asumidos en los países civilizados son tratados de un modo desigual³¹.

La CEDAW en su Art. 1 define a la discriminación en razón del sexo como: “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad el hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil en cualquier otra esfera”.

De esta definición pueden destacarse algunos puntos:

- a)** Establece que la ley o política discrimina si su resultado es discriminatorio, aún cuando esa ley o política no se haya promulgado con la intención de favorecer;
- b)** Define lo que legalmente debe entenderse por discriminación contra la mujer y al haber sido ratificada por el Ecuador se convierte en un concepto a considerarse;
- c)** Declara discriminatoria toda restricción basada en el sexo que ocurra en las esferas, llámese política, económica, social, cultural y civil, puesto que las discriminaciones que sufren las mujeres no sólo suceden en el ámbito público, sino en el cultural, familiar y cotidiano, así se puede dar el caso de un padre que sólo exija a sus hijas que limpien la casa, mientras que a los hijos no les obliga a realizar tal actividad, este tipo de diferenciaciones arbitrarias e irrazonables deben ser consideradas discriminatorias;
- d)** El acto discriminatorio puede tener distintos grados, puede ser parcial (menoscabar) o total (anular); y,

³⁰ AÑON María José; “Igualdad, diferencias y desigualdades”; Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; Editorial Fontanamara; México 2001; pág. 27.

³¹ BOBBIO Norberto; “La naturaleza del prejuicio: racismo, hoy, iguales y diferentes”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; pág. 187.

- e) Dicho acto puede producirse en distintas etapas de la existencia de un derecho: en el reconocimiento, en el goce o el ejercicio³².

La discriminación en razón del género, se tradujo en la extendida presencia de prejuicios basados en el género en el sentido de atribuir, en forma inmediata, una posición de inferioridad en los más diversos ámbitos sociales, a todas las personas de género femenino, independientemente de su concreta valía individual³³.

Como en el párrafo anterior hicimos referencia a la palabra prejuicio conviene decir que el prejuicio es una opinión o conjunto de opiniones, en ocasiones también una doctrina, que es aceptada acríticamente y pasivamente por la tradición, por la costumbre o bien por una autoridad, cuyo dictamen lo aceptamos sin discutirlos: “acríticamente” y “pasivamente”³⁴, es decir que la aceptamos como verdad sin verificarla y no la discutimos, un ejemplo de prejuicio es creer que sólo los hombres y no las mujeres pueden realizar trabajos que demandan grandes esfuerzos físicos.

Con todo lo dicho, podemos inferir en que la discriminación acontece cuando se selecciona a un rasgo (ejm: el sexo), que en un contexto está asociado a prejuicios descalificatorios y de ahí se extrae un trato diferente injustificado y arbitrario³⁵.

1. 3. 2. Clases

La discriminación para los fines que importan puede ser: directa e indirecta.

A. Discriminación directa

La discriminación directa ocurre cuando “se establece un tratamiento que es desfavorable, mismo que carece de justificación racional y se realiza explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada”³⁶.

Dicho de otra forma, la discriminación directa se da cuando una norma o acto jurídico-público dispensa explícitamente un trato diferente y perjudicial en función

³² ARROYO VARGAS Roxana; *op. cit.*; págs.430-431.

³³ LÓPEZ GUERRA Luis; *op. cit.*; pág. 28.

³⁴ BOBBIO Norberto; *op. cit.*; pág. 184.

³⁵ AÑON María José; *op. cit.*; pág. 28.

³⁶ *Ídem*; pág. 29.

de la pertenencia a uno u otro sexo, lo que significa la obligación de exigir un trato jurídico explícito indiferenciado para hombres y mujeres como regla general³⁷.

Un ejemplo de discriminación directa sería la disposición establecida en el **Art. 202 del Código Penal**, norma que establece: “Los que sustrajeren cartas confiadas al correo serán reprimidos con prisión de quince a sesenta días, *excepto los padres, maridos o tutores que tomaren las cartas de sus hijos*, consortes o pupilos, respectivamente, que se hallen bajo su dependencia”. El artículo distingue entre hombre y mujer claramente: el padre, marido o tutor puede revisar la correspondencia de sus hijos/as, esposa, pupilo/a, sin que esto se considere delito; mientras que la madre y esposa no lo podría hacer. Esta norma demuestra que se le reconoce un “poder de control” al padre, porque al revisar la correspondencia de quienes tácitamente son sus dependientes, resulta manifiesto el rezago del poder del padre. Así *la misma conducta para unos es una facultad y para otros un delito*³⁸.

B. Discriminación indirecta

Estamos frente a una discriminación indirecta cuando en la aplicación de normas, políticas o prácticas –que a primera vista parecen neutrales- el impacto es perjudicial para grupos en situación de vulnerabilidad³⁹. En definitiva este tipo de discriminación pasa cuando se aplican medidas que en apariencia son formalmente neutras pero que en esencia terminan perjudicando a grupos desaventajados.

Esta discriminación sucede en el caso de las mujeres, que deben enfrentarse a regulaciones legislativas o administrativas que supuestamente reflejan nada más que la igualdad entre hombres y mujeres, pero que terminan perjudicando a éstas últimas.

Fernando Rey citado por Miguel Carbonell define a las discriminaciones indirectas por razón de género como: “aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, de los que derivan, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los hombres y

³⁷ ARROYO VARGAS Roxana; *op. cit.*; pág. 435.

³⁸ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; “Crítica al Derecho y a la facultad de jurisprudencia desde el género”. En: “El género en el derecho: Ensayos críticos”; Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (compilador y compiladoras); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2009; págs. 242-243.

³⁹ SALGADO Judith; “Derechos de Personas y Grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”. En: “La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones”; Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores); Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional; Quito 2009; pág. 139.

las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo”⁴⁰.

Esta discriminación supone un trato desfavorable en perjuicio de las mujeres, ocurre en los casos en que si bien ilusoriamente no se da un tratamiento discriminatorio, no obstante por cuestiones de hecho derivan en consecuencias nocivas y desiguales para uno de los dos sexos, en este caso, el femenino.

Un ejemplo de discriminación indirecta lo encontramos en el **Art. 180 del Código Civil**, que establece: “Tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales; *a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido...*”.

Evidentemente podemos observar una discriminación a la mujer, ya que en razón de su sexo no se la toma en primer lugar para la administración de la sociedad conyugal, cuando no hay estipulación sobre la persona que debe administrar la misma, sino que se presupone que el hombre es el que debe administrarla; por ser racional objetivo, capaz, universal⁴¹. La norma in comento aunque aparentemente neutra, no obstante, transgrede los principios de igualdad formal y material, así durante años, se ha preferido al marido en el caso de no existir acuerdo sobre quién va a ser el administrador de la sociedad conyugal en detrimento de la mujer. Para lograr la igualdad material, se debería establecer que a falta de acuerdo, quien administre la sociedad conyugal sea la mujer; además la disposición en ciernes no se enmarca en lo previsto en el Art. 67 de la Constitución referente a que el matrimonio se funda en la igualdad de los derechos, obligaciones y capacidad legal de los contrayentes.

1. 3. 3. La no discriminación

Este principio impide establecer diferencias entre dos o más personas que no puedan ser justificadas a través de criterios razonables, injustos y objetivos.

⁴⁰ CARBONELL Miguel; “Igualdad y libertad”; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; México 2007; pág. 84.

⁴¹ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; *op. cit.*; págs. 247-248.

Esta prohibición de discriminación, se traduce en la cancelación de ciertos rasgos distintivos como posibles razones relevantes para la diferenciación y las consecuencias normativas. El principio de no discriminación es una de las piedras angulares de cualquier sistema democrático y base fundamental de los sistemas de protección internacional tanto de la OEA cuanto de la ONU⁴².

El significado y alcance de la igualdad constitucional se agota en la prohibición genérica de discriminación por parte de todos los poderes del Estado. Los poderes públicos pueden diferenciar, pero no pueden discriminar. Y discriminan cuando las funciones del Estado y los particulares, pierden la neutralidad y en lugar de actuar como voluntad general, actúan como voluntades particulares, tomando partido por una voluntad particular y en contra de otra⁴³.

Miguel Carbonell citando a **Fernando Rey** señala que el derecho a no sufrir discriminación por razón del sexo:

- a) Limita la autonomía negocial en cualquier acto jurídico-privado (contratos, testamentos, estatutos);
- b) Impone un deber de trato igual por parte de individuos y organizaciones que sean titulares de poder social (empresas, asociaciones, etc.); y,
- c) Exige el trato igual en las relaciones entre particulares de las entidades que exploten servicios de interés públicos (taxis, comercios, escuelas) o que sean concesionarios de la administración o dependen de ella en alguna medida”⁴⁴.

De otro lado es importante tener presente que “el principio de no discriminación no impide a los Estados partes adoptar medidas a fin de promover una igualdad plena y efectiva a condición de que estas políticas respondan a una justificación objetiva y razonable”⁴⁵, pues de no haber tal justificación, se daría en una discriminación.

El Estado no puede establecer un criterio regulatorio del derecho a estudiar un postgrado según el cual sólo podrán realizar estudios de postgrado aquellas personas

⁴² ARROYO VARGAS Roxana; *op. cit.*; pág.433.

⁴³ PÉREZ ROYO Javier; Curso de Derecho Constitucional; Editorial Marcial Pons; Octava Edición; Barcelona 2002; pág. 325.

⁴⁴ CARBONELL Miguel; “Los derechos fundamentales en México”; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; Serie Doctrina Jurídica Núm. 185; México 2004; págs. 182-183.

⁴⁵ CARMONA CUENCA Encarna; “El principio de igualdad material en la Constitución Europea”; Revista de Estudios Políticos; Num. 84; Madrid 2004; pág. 10.

que hubieren obtenido un título universitario de pregrado. Difícilmente, si hacemos caso aunque sea únicamente a nuestras intuiciones, podemos sostener que este tipo de distinciones resultarían ser contrarias al ideal de igualdad (trato diferente). No obstante, ello no pudiera suceder si la Legislatura aprobara una regulación del derecho a la educación que distinguiera entre varones y mujeres de modo que reconociera sólo a los primeros el derecho a estudiar posgrados y vetara a las segundas la posibilidad de hacerlo solo por ser mujer (trato discriminatorio)⁴⁶.

En resumen la prohibición de discriminación por razón del sexo, tiene como propósito “eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a dismantelar la estructura social que mantiene una serie de prácticas que se acumulan, sobre las mujeres desaventajadas”⁴⁷, motivo por el cual, la prohibición de discriminar por razón de sexo debe convertirse en la punta de lanza para lograr una plena equiparación entre los hombres y las mujeres.

1. 4. La igualdad como derecho a la diferencia

El decir que todos somos iguales, no implica, que debamos ser tratados de la misma forma, más aún, si nos encontramos frente a supuestos distintos, es por esto que en ocasiones, está enteramente justificado un tratamiento diferenciado entre dos personas, siempre que se tomen en cuenta los criterios, traídos a colación por Laporta, citado por Miguel Carbonell⁴⁸:

a) Principio de satisfacción de las necesidades: acorde con este principio estaría justificado dar un tratamiento diferente a una persona que tiene una necesidad que satisfacer y no darle ese mismo tratamiento a quien no tenga esa necesidad; el problema radicaría en determinar el concepto mismo de lo que debe entenderse por necesidad, en este caso valdría como ejemplo el bono de desarrollo humano que da el gobierno ecuatoriano a quienes carecen de recursos económicos, este no lo podría recibir una persona que no tenga necesidades de esa índole.

⁴⁶ SABA Roberto; “(Des) Igualdad Estructural”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; pág. 60.

⁴⁷ *Ídem*; pág. 82.

⁴⁸ CARBONELL Miguel; *op. cit.*; págs. 170-171.

b) Principio de retribución de merecimientos: siguiendo esta directriz tenemos que estaría justificado dar un tratamiento diferente a una persona que tenga un merecimiento, respecto a otra que no lo tenga; vgr: que en una carrera de motos, se premie al que llega al último y no a quien cruce la meta en primer lugar, o que el Premio Benigno Malo que se otorga en la Universidad de Cuenca al mejor egresado de cada Escuela, se lo dé a quien tenga el peor promedio de calificaciones.

c) Principio de reconocimiento de aptitudes: de conformidad con este principio sería legítimo dar un tratamiento diferenciado a una persona que tuviera ciertos rasgos o características, predominantemente innatas, respecto a otro que no los tuviera (salud, experiencia). Las aptitudes se distinguen de los méritos por el hecho de no incorporar de forma preponderante elementos volitivos; es decir, nuestra voluntad no tienen incidencia sobre la estatura que tenemos o sobre la precisión de nuestra vista; ejemplo: tendría justificación tratar de forma diferente a una persona que tuviera buena vista, respecto de otra que fuera invidente al momento de seleccionar pilotos de aviones, o, estaría justificado tratar de manera distinta a una persona que no tenga mal de parkinson, frente a una que padezca dicha patología, al instante de seleccionar un cirujano plástico, ya que para obtener este puesto se necesita mucha precisión.

d) Principio de consideración de status: conforme este principio sería legítimo dar un trato diferente a una persona que tenga un cierto status relevante en relación a otra persona que no lo tenga, por status debemos entender el hecho de que una persona ocupe cierta posición social desde una perspectiva sociológica, ejemplos de status serían el ser niño, pobre, médico, mayor de edad, como ejemplo podríamos citar el que estaría perfectamente justificado tratar de manera distinta a una persona mayor de dieciséis años en relación a un niño de siete años respecto a la titularidad del derecho al sufragio activo, o supongamos el hecho de tratar de forma distinta a una persona que ha estudiado Derecho y se ha graduado de Abogado respecto de otra que únicamente ha acabado el bachillerato, para defender a una persona en un proceso.

Por todo lo expuesto vale decir que la igualdad parte de la diversidad, es decir, de una situación donde convergen elementos o factores iguales y otros diferentes. Dos sujetos, situaciones o entidades son distintos o diversos si uno tiene y otro no una característica o rasgo considerado relevante en el contexto en el que se habla de

igualdad; o bien si ambos tienen el rasgo o la característica pero en una medida o grado distinto. Siguiendo este orden de ideas, colegimos que la diversidad, no se confronta a la igualdad, sino a la identidad y a la homogeneidad. La diferencia es un término descriptivo, significa que de hecho las personas no son iguales y que se encuentran en situaciones y condiciones diferentes, que la identidad de toda persona viene dada por sus diferencias⁴⁹.

Como bien enseña Ferrajoli, mientras la **igualdad** es un 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. En cambio la **diferencia** es un término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, y que son, pues, diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad⁵⁰.

El antónimo de igualdad es desigualdad y no diferencia, pues la razón de ser de la igualdad es el derecho a la diferencia. Es necesario distinguir la igualdad como principio o como regla, de la igualdad como hecho. La diferencia es lo contrario de la igualdad como hecho: si dos cosas son diferentes no son iguales, es decir hombres y mujeres son diferentes biológicamente. Pero respecto a la igualdad como principio o como regla, por ejemplo para un legislador, lo contrario de la igualdad no es la diferencia sino la desigualdad⁵¹, es decir, que sabiendo que hombres y mujeres son diferentes, a pesar de no existir una razón razonable y justificada para dar un tratamiento desigual, se haga caso omiso de él y se termine tratando arbitraria e irrazonablemente, es decir, desvalorizando a una mujer en razón del grupo al que pertenece, aquí habría una desigualdad, lo que desencadenaría en una discriminación.

1. 5. Igualdad entre el hombre y la mujer

Se hace necesario partir del reconocimiento de la desigualdad de hecho existente en el acceso y desarrollo de una carrera profesional para las mujeres frente a los varones, así el objetivo fundamental de conseguir la igualdad entre hombres y mujeres es el hecho de que éstas dispongan de las mismas oportunidades que aquellos en un mundo que se presenta vertido en su contra.

⁴⁹ AÑON María José; *op. cit.*; págs. 23-24.

⁵⁰ FERRAJOLI Luigi; *op. cit.*; pág. 164.

⁵¹ BOBBIO Norberto; *op. cit.*; pág. 209.

Desde las primeras décadas del siglo XX asomó en el debate la reivindicación feminista de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer. Se trataba de una lucha que venía de antaño, comenzada con los movimientos sufragistas que tenía por objeto lograr el reconocimiento del derecho al voto de las mujeres⁵².

La verdadera igualdad entre hombres y mujeres se logra⁵³:

A) Eliminando los privilegios tradicionalmente otorgados a los hombres y las desventajas tradicionalmente padecidas por las mujeres: por ejemplo, entre nosotros tenemos el Art. 12 del Código de Comercio que exige que la mujer casada para poder ejercer el comercio, tenga que pedir la autorización del marido, otorgada en escritura pública, no ocurre lo mismo en el caso de los varones que deseen ejercer el comercio.

B) Eliminando privilegios tradicionalmente otorgados a las mujeres: lo que es bueno para el ganso es bueno para la gansa también; en otras palabras, no podemos esperar eliminar privilegios tradicionalmente otorgados a los hombres, sin también eliminar los privilegios habitualmente otorgados a las mujeres, verbigracia: que solo se conceda la licencia por maternidad y no por paternidad.

Lo único que las mujeres necesitan es aquello que los hombres tienen: igual oportunidad en un mundo no cargado en su contra. La igualdad sin discriminación solamente necesita que las normas masculinas sean reemplazadas por nuevas normas que reflejen los cuerpos y experiencia de vida de las mujeres, así como también los de los hombres, esta es la promesa de igualdad sin discriminación⁵⁴.

⁵² CARBONELL Miguel; *op. cit.*; pág. 208.

⁵³ WILLIAMS Joan; "Igualdad sin discriminación". En: "El género en el derecho: Ensayos críticos"; Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (compilador y compiladoras); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2009; págs. 262-267.

⁵⁴ *Ídem*; pág.283.

CAPÍTULO II: LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Algo que no deja dudas, es que las mujeres en el devenir del tiempo han padecido una situación de desventaja que ha sido extendida a todos los aspectos: familiar, laboral, político y educativo. Aunque actualmente se reconoce en algunos ordenamientos jurídicos del orbe la igualdad tanto formal cuanto material entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino⁵⁵ que por supuesto no ha estado exento de dificultades.

Nuestro país al ser signatario de la mayoría de instrumentos internacionales de lucha contra la discriminación hacia la mujer, fenómeno aún inserto en nuestra colectividad caracterizada por ser profundamente discriminadora y excluyente, debe combatirla, una sociedad donde aún se relaciona a lo masculino con lo público, fuera, trabajo, producción, independencia, poder, mientras que a lo femenino se lo cataloga como lo privado, dentro, casa, diversión, consumo, dependencia. En consecuencia, el Ecuador al ratificar tales instrumentos adquirió compromisos con la comunidad mundial, razón por la que, tiene el compromiso de adoptar políticas de acción afirmativa que permitan lograr la tan ansiada igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), instrumento ratificado por el Estado ecuatoriano, en su Art. 4, partiendo del reconocimiento de la desigualdad histórica respecto del poder y goce de los derechos humanos entre hombres y mujeres, insta a los estados partes a tomar medidas correctivas que aceleren el logro de la igualdad entre los sexos sin que éstas sean interpretadas como discriminatorias para los hombres⁵⁶.

Acorde a lo dispuesto en la CEDAW el objetivo final de las acciones afirmativas gira en torno a generar una colectividad en la que las mujeres reciban igual respeto, gocen de sus derechos en igualdad de condiciones con los hombres en todas las esferas y en la cual se mengüen las secuelas de la discriminación⁵⁷. En otros términos, lo que se

⁵⁵ [Http: www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Sentencia C-371/00 de la Corte Constitucional colombiana. Fecha de visita: 11 de octubre de 2011.

⁵⁶ FACIO Alda; *op. cit.*; pág. 545.

⁵⁷ *Ibídem*.

persigue, con la admisión de acciones afirmativas, es evitar que las mujeres sigan siendo discriminadas, pues se busca que “la esfera pública, la esfera privada y los medios de comunicación sean más sensibles al derecho de las mujeres a participar en todos los sectores económicos, educativos, sociales, políticos y laborales”⁵⁸.

Una verdadera igualdad entre géneros, no solamente se logra cambiando normas o instituciones, pues la discriminación contra las mujeres involucra a todos los actores sociales, hay que despojarse de estereotipos culturales aún latentes entre nosotros, en suma “la igualdad de género exige, no sólo igual tratamiento ante leyes o cambios a una ley o norma específica, sino que también *exige acción afirmativa*”⁵⁹.

2. 1. Origen

La expresión acción afirmativa que es una traducción del inglés *affirmative actions*, fue utilizada por vez primera en la Orden Ejecutiva No. 10925 del 16 de marzo de 1961⁶⁰, firmada por el entonces presidente de los Estados Unidos Jhon F. Kennedy, locución usada para indicar los mecanismos dispuestos en dicha orden ejecutiva y que tenían como propósito compensar los efectos de la discriminación histórica contra la población negra estadounidense⁶¹ en un país fuertemente segregacionista y asimétrico, motivo por el que, se solicitaba a las entidades del sector público tomar “acción afirmativa” para terminar con la exclusión de los afroamericanos en la contratación de personal⁶².

Luego en 1967, se añadió la discriminación sexual como objeto de aplicación de la acción afirmativa. Los ámbitos en que se pusieron en práctica fueron especialmente el laboral, educativo y político. Estas acciones buscan erradicar las discriminaciones

⁵⁸ ANTÓN SÁNCHEZ John; “Afroecuatorianos: reparaciones y acciones afirmativas”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; pág. 357

⁵⁹ WILLIAMS Joan; *op. cit.*; pág. 262.

⁶⁰ JUÁREZ Mario Santiago; “Igualdad y acciones afirmativas”; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Consejo Nacional para prevenir la discriminación; México 2007; pág. 275.

⁶¹ BARBIERI GARCÍA Teresita; “Acciones afirmativas: antecedentes, definición y significados. Aportes para la participación de las mujeres en los espacios de poder”. En “Memorias del Foro Mujeres y Política; Instituto Nacional de las Mujeres; Brasilia 2002; pág. 28.

⁶² TORRES-PARODI Cristina; “Acciones afirmativas para lograr la equidad de salud para los grupos étnicos/raciales; Organización Panamericana de la Salud; pág. 1; disponible en <http://www.ops.org>. Fecha de visita: 10 de octubre de 2011.

directas e indirectas que afectan a la mitad de la humanidad⁶³, en el caso ecuatoriano al 49.56% (7`177.683).

Con posterioridad las políticas de acción afirmativa fueron extendiéndose a diferentes grupos tales como los homosexuales, discapacitados, inmigrantes, hasta llegar a lo que hoy tenemos y también se fue abriendo el abanico de aplicación ya no únicamente circunscrito al campo laboral, sino al educativo, político, cultural, entre otros, es decir, que se busca corregir las discriminaciones sufridas por los movimientos y grupos que las padecen en los distintos ámbitos de la vida cotidiana.

Así entre las medidas adoptadas está aquella que obligó a las universidades públicas americanas a implementar políticas de cuotas favorables a la población afrodescendiente y a las mujeres. El hecho de establecer una cuota reservada para las personas de raza negra y mujeres en el ingreso a las alma mater, se daba por la existencia de los desniveles en la educación primaria y secundaria, pues decir que todos entraban a dar los exámenes de ingreso supuestamente en igualdad de condiciones, porque el Estado era neutral era una falacia, dado que las mujeres y los afroamericanos, al no tener una preparación adecuada, llevaban tal desventaja y no ingresaban a las universidades. En paralelo a esta medida se desarrollaban programas de toma de conciencia racial, para hacer reflexionar al conjunto de la población americana sobre el racismo, el machismo y las maneras de combatirlo⁶⁴.

2. 2. Concepto

El primer reparo que debemos hacer es que los términos acción positiva y acción afirmativa, son considerados por la mayor parte de la doctrina como sinónimos, la diferencia más bien estriba en su fuente, así mientras el vocablo *affirmative action* deriva del derecho norteamericano, el término *positive action* del derecho británico; empero en el ámbito iberoamericano ha prevalecido la expresión acciones afirmativas, principalmente por la influencia de los tribunales norteamericanos⁶⁵. Es

⁶³ ARROYO VARGAS Roxana; *op. cit.*; pág. 436.

⁶⁴ HERMIDA Jorge Hernando; “Acciones afirmativas e inclusión educacional en Brasil”; Francisco López Segrera (Editor); CLACSO; Editora Gráficos y Servicios; Buenos Aires 2006; pág. 215.

⁶⁵ “La acción afirmativa como desarrollo del principio de igualdad”; Fabio Hernando Galán Sánchez y Juan De Dios Luna Cijanes; Tesis de Grado previa la obtención del título de abogado; Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá 2000; págs. 162-163.

por ello que a lo largo de esta investigación, nos referiremos indistintamente a acciones afirmativas o acciones positivas como equivalentes.

Otra aclaración necesaria es que no en todos los países las políticas de acción afirmativa gozan de reconocimiento constitucional, sino que más bien éstas encuentran su germen en la Ley, en contraste la incorporación en la Constitución de Montecristi de las acciones afirmativas, según lo previsto en el tercer inciso del numeral 2) del Art. 11, torna el debate sobre su constitucionalidad una discusión bizantina, dado que ya tiene jerarquía constitucional.

Cristina Torres Parodi, sostiene que la acción afirmativa es: “es una política pública que se expresa mediante una norma legal, una decisión judicial o una decisión oficial que procura mejorar las oportunidades para grupos segregados en la sociedad por su condición de desventaja frente a los grupos dominantes”⁶⁶.

María José Añón describe a las acciones positivas como aquellas medidas orientadas a remover o eliminar los obstáculos que impiden la realización concreta de la igualdad de oportunidades. Medidas que pretenden transformar una situación de igualdad real de condiciones y por ello se justifican las medidas de diferenciación. En su opinión constituyen una estrategia destinada a conseguir la igualdad de resultado mediante medidas que permitan eliminar las discriminaciones que en virtud del género soportan las mujeres.⁶⁷

Fernando Flores Giménez da la siguiente definición de acciones afirmativas: “Son aquellas medidas que implican un trato formalmente desigual justificado en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado”⁶⁸.

Judith Salgado refiriéndose al concepto de acciones positivas, indica que se tratan de medidas especiales de carácter temporal orientadas a apresurar la igualdad de facto entre los hombres y las mujeres, políticas que no serán consideradas discriminatorias ni entrañarán en modo alguno el mantenimiento de normas

⁶⁶ TORRES-PARODI Cristina; *op. cit.*; pág. 2.

⁶⁷ AÑON María José; *op. cit.*; pág. 47.

⁶⁸ FLORES GIMÉNEZ Fernando; “La jurisprudencia española y europea en materia de género”. En: “Género y Derecho Constitucional”; Fernando Flores (Coordinador); Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador; Núm. 2; Corporación Editora Nacional; Quito 2003; pág. 109.

desiguales; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad, de oportunidad y trato⁶⁹.

Para **John Antón Sánchez** las acciones afirmativas son: “Un conjunto de políticas de carácter temporal, en articulación de distintas instancias gubernamentales, ejecutadas por medio de proyectos específicos de empoderamiento para los grupos culturalmente discriminados”⁷⁰, especialmente mujeres, personas de raza negra, homosexuales, adultos mayores, jóvenes, para garantizar su acceso preferente, siempre que el trato que se les dé no sea arbitrario ni irrazonable, a diferentes servicios: educación, salud, seguridad social, empleo, vivienda, entre otros.

Roxanna Arroyo Vargas en cuanto a la definición de las acciones afirmativas señala que son: “Un programa público o privado diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario”⁷¹.

Roberto Saba sostiene que las acciones afirmativas: “Se corresponden con un trato (estatal) diferente fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de otros grupos”⁷².

Rita Segado conceptúa a las acciones afirmativas como los mecanismos que sirven para compensar y revertir formas de discriminación que recayeron históricamente sobre las categorías sociales más vulnerables, verbigracia, la población negra e indígena, las mujeres, en los diversos ámbitos de la vida social, política, jurídica, económica y de las prácticas cotidianas⁷³.

La **Corte Constitucional Colombiana** describe a las acciones afirmativas como las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea

⁶⁹ SALGADO Judith; “Derechos humanos y género en el marco constitucional ecuatoriano”. En: “Género y Derecho Constitucional”; Fernando Flores (Coordinador); Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador; Núm. 2; Corporación Editora Nacional; Quito 2003; pág. 128.

⁷⁰ ANTÓN SÁNCHEZ John; *op. cit.*; pág. 332.

⁷¹ ARROYO VARGAS Roxana; *op. cit.*; pág. 437.

⁷² SABA Roberto; *op. cit.*; pág. 71.

⁷³ SEGATO Rita; “Rascismo, discriminación y acciones afirmativas: herramientas conceptuales”. En: “educar en ciudadanía intercultural”; Juan Ansion y Fidel Tubino (Editores); Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima 2007; págs. 82-83.

con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación⁷⁴.

De lo dicho por los precitados autores, conviene destacarse en que casi todos, a excepción de Saba conciben a las acciones afirmativas como medidas, políticas públicas, que pueden estar expresadas en una ley o decisión de un juez, herramientas éstas que son temporales, aunque la temporalidad es un elemento de las acciones afirmativas, políticas que se establecen en favor de grupos que a lo largo de la historia han sido relegados, en el caso de esta investigación las mujeres, y que el Estado o los particulares las pueden usar para la consecución de la tan ansiada igualdad sustancial o real, superando de esta forma las barreras de la discriminación.

En línea con lo anterior, debemos tomar en cuenta que vivimos en una sociedad profundamente discriminatoria y excluyente, sobre todos para las mujeres, partiendo de reconocer esta desigualdad ínsita en la realidad, se deben adoptar medidas de acción afirmativa que propendan a la igualdad efectiva de trato y oportunidades entre los sexos, pensar que vivimos en una colectividad en donde no existe el mundo cargado en contra de las mujeres, sería desconocer la razón de ser de las acciones afirmativas y no adoptarlas implicaría una regresión en los derechos.

Estando las acciones afirmativas expresamente autorizadas por nuestra Ley Fundamental, las autoridades públicas e incluso los particulares pueden acudir a la raza, al sexo o a cualquier otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para eternizar desigualdades, porque eso sería discriminar, sino podrían dar un tratamiento distinto para disminuir el efecto dañino de las prácticas sociales que han situado a esas mismas personas o grupos relegados en posiciones desfavorables, como se consigue, adoptando las acciones afirmativas, pues sí se da un tratamiento diferente a una mujer respecto de un hombre, pero fundándose en criterios arbitrarios o irrazonables, ese tratamiento será inconstitucional y por ende carente de eficacia, porque está permitido el trato favorable, en el caso en pro de las mujeres, siempre que no sea arbitrario ni irrazonable y permita superar la situación de inferioridad real de las mujeres.

⁷⁴ [Http: www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Sentencia C-371/00 de la Corte Constitucional colombiana. Fecha de visita: 11 de octubre de 2011.

Las acciones afirmativas no son una excepción a los principios de igualdad y no discriminación, al contrario, constituyen su concreción.

En resumen, los grupos a los que hay que otorgarles protección judicial más intensa son los que reúnen dos características: **a)** han sido objeto de prácticas discriminatorias en el pasado, y como consecuencia; **b)** subsisten actualmente desigualdades de hecho y prejuicios arraigados que no permiten a sus integrantes desplegar plenamente su personalidad en los diversos sectores de la vida. Siempre que se den estos supuestos entonces es dable adoptar políticas de acción afirmativa⁷⁵.

Para ilustrar lo señalado, traeremos a colación un ejemplo, el Estado lleva a cabo una política de acción afirmativa cuando establece, al regular el derecho a la educación universitaria, que, debido a que *de hecho* las mujeres no acceden a este tipo de educación superior, se les reconocerá prioridad en el ingreso a la universidad a través, de un sistema de cuotas que permite reservar un cierto número de las vacantes disponibles por las cuales sólo competirán las personas que sean miembros del grupo al que el Estado ha decidido dar un trato preferencial⁷⁶.

2. 3. Elementos

Entre los elementos de las acciones afirmativas tenemos⁷⁷:

a) La existencia de una desigualdad real, que obstaculiza la realización de la igualdad de oportunidades; debe darse una situación de desventaja, inferioridad o discriminación por motivos culturales, sociales o económicos que hace que un grupo social o determinados sujetos se encuentren con oportunidades escasas o inferiores respecto de otros; en suma, que haya una desigualdad en los hechos que coloca a un grupo de personas en desventaja frente al resto de la sociedad.

b) La relación entre la desigualdad y la pertenencia a un determinado grupo social (en el caso ecuatoriano, el Art. 11 numeral 2 inciso segundo realiza una lista detallada de diversas categorías por las que no se puede discriminar); esto quiere

⁷⁵ NINO Ezequiel; “(Efecto o intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; pág. 220.

⁷⁶ SABA Roberto; *op. cit.*; pág. 71.

⁷⁷ Para el tema seguimos como guía AÑON María José; *op. cit.*; págs. 50-51

decir, que si la desigualdad se da por pertenecer a un grupo sexual, étnico que ha sido discriminado, está plenamente justificado adoptar acciones afirmativas en beneficio de tal colectivo.

c) El contenido y el tipo de medida son contextuales, pues la medida a ser tomada, debe ser analizada en el contexto específico y dentro de la realidad nacional, porque puede ser que una medida funcione bien en un lado pero no en otro. No se trata únicamente de adoptar por adoptar, sino de adaptar a la realidad concreta en donde se requiere tomar la medida; esto es, depende de las circunstancias y del caso.

d) Tienen carácter temporal, porque se trata de remover obstáculos y corregir situaciones de desventaja y no consolidar situaciones, se establecen para determinados plazos de tiempo con objeto de que sean revisadas periódicamente hasta alcanzar la igualdad real.

Al hilo de lo expuesto, una vez que el colectivo desaventajado se haya beneficiado por la aplicación de las medidas de acción positiva y en el momento en que se alcance la igualdad real y efectiva buscada entre hombres y mujeres, tales políticas deben cesar o suspenderse, pues mantenerlas implicaría una discriminación que se revertiría hacia los hombres, de ahí que lo más conveniente sería establecer un tiempo considerable de duración de tales herramientas, pues no es el propósito que tales medidas permanezcan sempiternamente, sino que sean revisadas habitualmente. En Ecuador, la Constitución no determina plazos, aunque siendo las acciones afirmativas un tema novel entre nosotros, habría que ver si en la legislación secundaria cuando se llegaren a prescribir dichas herramientas se fijan plazos. Por otra parte está el hecho de que el legislador no puede anticipar cuándo se logrará la equidad y mal haría señalando una fecha sin estar seguro de que los propósitos por él trazados pueden cumplirse dentro de un tiempo fijado. En mi opinión, si bien el legislador no puede presagiar cuando se logrará la igualdad real, no obstante si podría establecer términos para que se revisen después de cierto tiempo las estadísticas de cómo se avanza hacia la igualdad entre los sexos.

El elemento de la temporalidad está determinado en el **Artículo 4 de la CEDAW**, norma que en lo medular preceptúa: “**1.** La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de *carácter temporal* encaminadas a acelerar la igualdad de facto

entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas *cesarán* cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

e) Deben ser adecuadas a la finalidad que se pretende, coherentes y proporcionadas con el principio de igualdad material. La finalidad debe ser proporcional con los medios a utilizar y con las consecuencias jurídicas de la diferenciación. Los beneficios de la medida han de ser alcanzados sin perjudicar gravemente a terceros excluidos del trato preferente. Por un lado, pueden tomarse medidas moderadas, que mueven obstáculos fundamentalmente históricos pero sin implicar un impedimento de acceso a los individuos que no forman parte del colectivo beneficiado.

2. 4. Justificación

Justificar significa probar algo con razones convincentes, aquí se trata de probar la necesidad de la adopción de las acciones afirmativas. Siguiendo este orden tenemos que la única forma de dar a las mujeres iguales las mismas oportunidades que a los hombres es vía tales políticas, de ahí es de notar que la acción afirmativa se vuelve forzosa “no para aliviar las desventajas pasadas de las mujeres; es necesaria para remediar la manera en que los estereotipos y otros tipos de norma masculina crean desventajas contemporáneas para las mujeres”⁷⁸.

El fundamento de las acciones positivas radica en el reconocimiento constitucional de la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos para que la igualdad entre hombres y mujeres sea efectiva⁷⁹. En el caso ecuatoriano esta exigencia está en el tercer inciso del Núm. 2 del Art. 11 de la Constitución vigente.

Las acciones afirmativas o positivas en pro de las mujeres, el abandono de la indiferencia frente al sexo, pueden ser justificadas y respaldadas como un método para neutralizar años de enseñanza en los que se formó a las mujeres para ser irracionales, pasivas, etc. Una crítica diferente es que las mujeres ya son racionales, activas y demás, pero no se reconoce que lo son. Las acciones afirmativas pueden ser

⁷⁸ WILLIAMS Joan; *op. cit.*; pág. 280.

⁷⁹ FLORES GIMÉNEZ Fernando; *op. cit.*; pág. 103.

justificadas y respaldadas, en esta perspectiva, como técnicas para revertir opiniones incorrectas y anticipadas acerca de la irracionalidad, pasividad, etc., de las mujeres⁸⁰.

Continuando lo dicho, vemos que sí la discriminación hacia las mujeres sigue latente, entonces las medidas de acción afirmativa en favor de aquellas, encuentran asidero, puesto que la situación de las personas de género femenino dentro las disímiles esferas de la vida, ha sido y es de desventaja histórica: el punto de partida es la marginación, por lo que la utilización del género como rasgo diferenciador no sólo se debe considerar justificada para terminar con la disparidad de condiciones sociales entre géneros; la utilización de rasgos diferenciadores debe ser considerada exigible a los poderes públicos con objeto de eliminar los obstáculos que no permiten una plena igualdad de oportunidades⁸¹.

2. 4. 1. Justicia compensatoria⁸²

La justicia compensatoria concierne resarcimientos por daños pasados. El objeto de una medida basada en razones de justicia compensatoria es ubicar a quienes han sufrido injurias pasadas en el lugar que ellos/as hubieran ocupado, de no haber sido por las injusticias sufridas. Dicho de otra forma, este argumento orbita en que, las injurias pasadas causan un derecho a su reparación para quienes la han padecido.

Este argumento gana terreno porque las cargas que la esfera privada asigna a las mujeres no han disminuido y las oportunidades de mayores éxitos económicos y profesionales son todavía muy restringidas.

En este aspecto las mujeres siguen soportando un sentimiento ambivalente con respecto al trabajo fuera de la casa, enfrentando la consternación y preocupación por eventuales fallas ya sea en lo profesional o en lo personal, estos son miedos con los que los varones no tienen que lidiar, por lo menos en el mismo grado que las

⁸⁰ JARAMILLO Isabel Cristina; “La crítica feminista al derecho”. En: “El género en el derecho: Ensayos críticos”; Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (compilador y compiladoras); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2009; pág. 142.

⁸¹ JUÁREZ Mario Santiago; *op. cit.*; México 2007; pág. 348.

⁸² Los argumentos de justicia compensatoria en su mayor parte lo tomamos de RODRÍGUEZ Marcela; “Igualdad, democracia y acciones positivas”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; págs. 298-301.

mujeres, ya que son aún pocos los hombres que se ocupan de las quehaceres del hogar y de su trabajo.

Eso es así porque, en muchos trabajos, la medida de la capacidad o competencia, aunque está aparentemente expresada en términos neutrales con respecto al género, refleja las experiencias, valores y prejuicios de los varones.

Expuestas todas estas condiciones psicológicas y sociales negativas, y al continuar siendo discriminadas las mujeres frente a los varones, hay la obligación de reparar o corregir los daños y el único modo de lograrlo es por medio de las acciones afirmativas, instrumentos éstos que fueron originados para proteger a las mujeres de los abusos cometidos por los hombres.

Este argumento de la justicia compensatoria es conocido también como retrospectivo o *back-foward-looking*, y que busca el resarcimiento de los daños causados por situaciones históricas⁸³.

2. 4. 2. Justicia distributiva⁸⁴

La justicia distributiva se refiere al hecho de promover una igualdad en el reparto de los recursos que nos son comunes a las personas.

Este principio toma en cuenta no solamente el pasado sino el presente y el futuro, a efectos de determinar cuál es la forma más justa de asignar los bienes y recursos sociales y políticos. Este principio gira en torno a que la distribución de bienes y recursos debe estar guiada por una preocupación real respecto a factores tales como derechos, méritos, contribuciones y necesidades.

El principio de justicia distributiva puede reconocer injusticias pasadas, pero su objetivo no es compensarlas sino anular sus efectos presentes. Efectivamente tomando en cuenta estos principios, una persona está autorizada para recibir los beneficios de un programa de acción afirmativa, no porque la sociedad está reconociendo y tratando de reparar injusticias pasadas sino porque merece una porción mayor de los recursos de la comunidad.

⁸³ JUÁREZ Mario Santiago; *op. cit.*; pág. 208.

⁸⁴ Los argumentos de justicia distributiva en su mayor parte lo tomamos de RODRÍGUEZ Marcela; *op. cit.*; pág. 302.

En contraste con el primer argumento, la justificación de tomar medidas de acción positiva por medio de una justicia distributiva mira al presente y se proyecta al futuro, porque lo anhelado es una igual distribución de recursos y oportunidades entre hombres y mujeres no solamente para hoy sino para el mañana.

2. 4. 3. Utilidad social⁸⁵

Acorde con la teoría de la utilidad social, un sistema de acciones afirmativas está plenamente justificado cuando es inevitable o conveniente para extender el bienestar de la sociedad en su conjunto. En este caso más que prestar atención a los derechos individuales, como es el caso de las teorías de justicia compensatoria y distributiva, lo que se pretende es acrecentar la utilidad social desde el punto de vista del bienestar general. Para valorar si un sistema de acción positiva está justificado por razones de utilidad social, es necesario concentrarse en juicios prácticos de bienestar social, más que en cuestiones teóricas y concepciones de adjudicación.

Los programas de acción positiva pueden ser justificados aún si las personas que reciben los beneficios no han sido tratadas desigualmente en el pretérito, siempre que estos programas acrecienten los beneficios de la sociedad en su conjunto. Una acción afirmativa puede ser acogida, si las ventajas que ésta acarrea para la sociedad son mayores que los costos que le significan, es decir, la teoría del costo-beneficio.

En suma, si la adopción de acciones positivas son de interés o conveniencia para el bien colectivo, para la masa de individuos que conforman el ente estatal; o, con mayor amplitud, para la humanidad en su conjunto, entonces se las debe tomar, ya que solamente así se generará una sociedad más justa e igualitaria.

2. 5. Requisitos del test de razonabilidad

Cada uno de nosotros representa un universo lleno de virtudes, defectos, sueños y aspiraciones, razón por la cual, en ocasiones es lícito tratar de modo diferente a dos o más personas que están en supuestos distintos, “siempre que las situaciones sean comparables, exista una justificación razonable de la diferencia de trato y se

⁸⁵ El tema en su mayor parte lo tomamos de *Ídem*; pág. 307.

demuestre la proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”⁸⁶. En lo que sigue nos referiremos a cada uno de los puntos que se deben superar para que un trato desigual esté plenamente justificado, advirtiendo que la etapa posterior es una consecuencia de la anterior, es decir, que sí queremos dar un tratamiento diferente pero éste no supera el primer ciclo mal podríamos acudir al segundo, dicho de otra forma, para llegar a la última etapa del test de razonabilidad aplicado al principio de la igualdad, se deben haber sorteado todas las fases preliminares.

Es errado concebir que un trato diferente, implique *per se* una discriminación, porque únicamente va a haber discriminación cuando ese trato distinto sea injusto, arbitrario y busque limitar o anular el ejercicio de una prerrogativa por la sola razón de pertenecer a un grupo social específico, pero sin más.

2. 5. 1. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual

En este punto se trata es de establecer cuál es el propósito que se persigue a través del tratamiento desigual, de tal forma que no habiendo dicho objetivo, mal podría avanzarse a la siguiente etapa. En contraste, de haber dicho propósito pasamos al segundo nivel del examen, aquí jugará un papel primordial los argumentos que se esgriman alrededor del objetivo que se quiere lograr.

El test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la etapa inmediatamente anterior. El primer paso, no reviste mayor dificultad, como quiera que pueda llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual⁸⁷.

2. 5. 2. La validez del objetivo a la luz de la Constitución

El segundo paso, requiere de una confrontación de los hechos con el texto constitucional para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y

⁸⁶ AÑON María José; *op. cit.*; pág. 40.

⁸⁷ GAVIRIA DÍAZ Carlos; “Sentencias: Herejías Constitucionales”; Fondo de Cultura Económica Colombia; Bogotá 2002; pág. 66.

derechos consignados en éste⁸⁸. Se trata de hacer un examen de constitucionalidad, respecto a sí el objetivo buscado se encuadra en lo dispuesto por la Ley Fundamental, de tal forma que si dicho objetivo es inconstitucional, el test quedaría en esta etapa y no pasaríamos al siguiente punto.

2. 5. 3. La razonabilidad del trato desigual

Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es a la luz de la Carta Magna válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato distinto.

Un aspecto a tenerse en cuenta es que no deben confundirse los términos racionalidad con razonabilidad, así mientras el primero se refiere a la proporcionalidad de medios a fines, la razonabilidad indica la necesidad de no establecer clasificaciones arbitrarias⁸⁹.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional Alemán, el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, como lo es el de proporcionalidad⁹⁰, y a éste nos referiremos en lo que sigue.

La proporcionalidad, en el caso concreto del principio de igualdad, implica⁹¹, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es:

1) Adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido: acorde con este subprincipio, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Se trata entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada. Es decir que en este caso se requiere acreditar sí el trato desigualitario es apto o idóneo en atención a la defensa o consecución del fin que se busca.

2) Necesario: es decir, que no existe un medio menos restrictivo, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin. Para que una

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ SABA Roberto; *op. cit.*; pág. 62.

⁹⁰ GAVIRIA DÍAZ Carlos; *op. cit.*; pág. 67.

⁹¹ Para este tema hemos tomado como base BERNAL PULIDO Carlos; “El Derecho de los derechos”; Universidad Externado de Colombia; Bogotá 2008; págs. 264, 276-278.

injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por los menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. En otros términos, este subprincipio implica que el tratamiento desigual pretendido no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo, de tal manera, que si existen otros medios menos gravosos al tratamiento diferente que se pretender implantar, se debe optar por tales medios, pero dicho tratamiento no superaría esta etapa.

3) Proporcionado: implica que el trato desigual no sacrifique valores y principios (dentro de los cuales está el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer con dicho trato, es decir, que no so pretexto de remover los muros que de hecho se oponen a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres se afrente el principio de igualdad. En este aspecto, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la injerencia debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.

Luis Prieto Sanchís, indica que la proporcionalidad consiste en acreditar que existe un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor⁹².

Por último debemos indicar que si se superan todos los pasos tratados, entonces está plenamente justificado el trato desigual, porque la diferencia que es irrazonable o arbitraria, al fin y al cabo es discriminatoria, y consecuentemente violatoria del principio de igualdad.

2. 5. 4. Examen de la proporcionalidad del trato desigual en el caso concreto

Caso A⁹³: en Colombia el Art. 40 literal b) de la Ley 48 de 1993, establecía un trato desigual entre los candidatos a ingresar a un centro de educación superior, que han

⁹² PRIETO SANCHÍS Luis; “El juicio de ponderación constitucional”. En: “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”; Miguel Carbonell (Editor); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2008; 112.

⁹³ GAVIRIA DÍAZ Carlos; *op. cit.*; págs. 68-69.

prestado el servicio militar, y aquellos que no lo han hecho. Dicho trato recae sobre el puntaje de las pruebas del Iefes (en Ecuador serían las pruebas de ingreso a la Universidad), que para los primeros es aumentado en un 10 % del puntaje obtenido.

1) Es claro que el beneficio otorgado a los bachilleres que prestan el servicio militar persigue un **objetivo**; estimular la incorporación de los jóvenes a las Fuerzas Armadas y compensar la interrupción de los estudios que implica la prestación de este servicio.

2) El **objetivo perseguido es válido desde el punto de vista constitucional**, no sólo porque la misma Constitución instituye, la posibilidad de establecer prerrogativas por la prestación del servicio militar, sino también porque está destinado a satisfacer valores y principios constitucionales (mantenimiento del orden público independencia nacional).

3) Sin embargo, el **trato desigual establecido por la norma acusada carece de una justificación razonable**, en cuanto no satisface los requerimientos del concepto de proporcionalidad, en efecto, si bien el privilegio otorgado en materia del puntaje en las pruebas del Iefes a los bachilleres que prestan el servicio militar, es adecuado para estimular la prestación de ese servicio y puede constituir una considerable compensación para quienes se han incorporado a las Fuerzas Armadas, no es ni necesario para el logro de ese fin ni proporcionado frente al sacrificio de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos a ingresar a una universidad.

No es necesario el trato desigual establecido por la norma porque es posible estimular y recompensar la prestación del servicio militar mediante el otorgamiento de otras prerrogativas que, sin implicar el sacrificio exagerado de las facultades de otras personas, logren eficazmente este fin. En este punto, es particularmente importante para la decisión de la Corte el hecho de que el privilegio otorgado por la disposición acusada no guarda relación de conexidad con el tipo actividad realizada por el bachiller que presta el servicio militar. En consecuencia, no se entiende cómo la prestación del servicio militar, que es una actividad que aunque contribuye al logro de valiosos objetivos sociales, que no tiene una finalidad académica, pueda implicar para quienes en ella participan un beneficio de esta índole. Es por esto que la Corte no comparte la opinión de los ciudadanos intervinientes, cuando afirman que ese

beneficio es una “compensación por la prestación del servicio miliar, pues la naturaleza de aquella y de ésta son completamente diferentes”.

Caso B⁹⁴: se trata del Art. 217 numeral 7 del Código Adjetivo Civil ecuatoriano, disposición cuya inconstitucionalidad se impugnó y que establecía una diferenciación, respecto a la calidad del testimonio de determinado grupo de mujeres, por ende, se volvió necesario efectuar un análisis de razonabilidad de tal diferencia, para establecer si se trata de una disposición discriminatoria. Al efecto se considera:

1) El objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.- En este caso, es la adquisición de certeza sobre los hechos controvertidos en juicio, lo cual, a no dudarlo, constituye un importante fin, ya que se trata de establecer los casos en los cuales un testimonio, no lograría cumplir con este principio procesal.

2) La validez del objetivo en el marco de la normativa constitucional.- Toda vez que el Art. 192 de la Carta Fundamental (Constitución de 1998 vigente cuando se demandó la inconstitucionalidad) garantizaba el sistema procesal, como medio de realización de la justicia, fue procedente, que a fin de garantizar la idoneidad de los testigos, se hagan valoraciones que puedan establecer diferenciación en las personas.

3) La racionalidad del trato desigual, es decir la debida proporcionalidad entre el trato desigual y el fin que se persigue.- Al respecto, es necesario considerar que *la diferenciación se efectúa, por la actividad que realizan determinadas mujeres, actividad que, actualmente no es exclusiva del sexo femenino, pues, es evidente que también existen hombres que se dedican al trabajo sexual. (...) no existe justificación razonable, para considerar a las mujeres llamadas “meretrices” en el texto impugnado, carentes de credibilidad como testigas en un caso dado, pues, no se ha llegado a determinar que, no obstante su actividad, se encuentren disminuidas en su capacidad para referir lo visto, lo escuchado, lo presenciado, dentro de un proceso que coadyuve a garantizar la veracidad de los hechos. Por todo lo dicho, se concluye en la inexistencia de proporcionalidad entre la medida diferenciadora contenida en el Art 217. núm. 7, del Código de Procedimiento Civil y la finalidad que se pretende,*

⁹⁴ SALGADO ÁLVAREZ Judith; “Lidiando con la diferencia, respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; págs. 507-508.

cual es la adquisición de la certeza en los hechos de que se trate en un proceso, en tanto coloca a un sector de mujeres en situación de credibilidad disminuida, cuando incluso, la legislación nacional contiene normas para regular su actividad, además al dar este tratamiento se estaba violando lo previsto en el Art. 23 núm. 3 de la Constitución de Sangolquí, referente a la igualdad formal.

2. 6. Tipos de acciones afirmativas

2. 6. 1. Medidas de concienciación

Se trata de aquellas medidas orientadas a la toma de conciencia o sensibilización de la opinión pública, verbigracia las medidas de concienciación que se establecen a través de campañas institucionales, con el fin de dar a conocer conductas sociales discriminatorias o sensibilizar a la opinión pública sobre las realidades de violencia que sufren las mujeres por su pertenencia al sexo femenino, las campañas de publicidad para la igualdad sexual, el fomento de cursos de especialización. Son políticas dirigidas a evitar la trasmisión de estereotipos sexistas en los mensajes publicitarios y en los contenidos de los medios de comunicación, campañas en contra de la discriminación racial, de género, por discapacidad⁹⁵.

Al ser políticas de carácter publicitario pretenden crear un estado de opinión o una sensibilización del problema, en el caso de nuestro país el segundo inciso del Art. 19 de la Carta de Ciudad Alfaro prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la discriminación y al sexismo, también tenemos la campaña emprendida por el gobierno de turno desde marzo de 2010, que se denomina: “Reacciona Ecuador el machismo es violencia”, acción que ha hecho que vía videos y grabaciones, los medios de comunicación social, concienticen a la población acerca de los perjuicios que ocasionan esta conducta tan arraigada en nosotros y lograr que cada día se concienticen varios hombres más, para enterrar de una vez por todas al machismo.

2. 6. 2. Medidas de promoción de la igualdad

Son medidas orientadas a la eliminación de la desventaja que promueven o impulsan la igualdad. Estas medidas pueden ser, las orientadas a erradicar los contenidos

⁹⁵ AÑON María José; *op. cit.*; pág. 53.

sexistas en la enseñanza, favorecer que la mujer pueda estudiar todos los niveles educativos, promover en los centros educativos una orientación profesional que permita la libre elección de estudios y opciones profesionales, establecer una normativa específica en la condiciones de trabajo especiales de maternidad y lactancia⁹⁶.

En el Ecuador el Núm. 4 del Art. 43 prevé una de estas medidas en pro de las mujeres embarazadas cuando señala que el Estado debe disponer de las facilidades necesarias para su recuperación y durante la lactancia, en relación a lo manifestado tenemos lo previsto en los Arts. 152 y 155 del Código de Trabajo.

2. 6. 3. Cuotas o medidas de discriminación inversa

Muchos autores llaman la atención sobre la imposibilidad de utilizar el término discriminación como un término neutro (ver lo que decíamos en 1. 3. 1. concepto de discriminación) que vendría a significar una diferencia o distinción pero positiva. Coincido plenamente con A. Barrere cuando afirma que en este contexto el concepto de discriminación es negativo y por tanto la idea de discriminación positiva es una contradicción en los términos.

Bobbio caracteriza la discriminación inversa como el supuesto en el que dos sujetos o situaciones desiguales reciben un tratamiento distinto en el que se beneficia al peor situado. Esta idea puede orientarnos en nuestro análisis, puesto que define bien el concepto, pero parece preferible dejar la expresión “discriminación inversa” y en su lugar hablar directamente de cuotas⁹⁷, para evitar malas interpretaciones ya que en la contemporaneidad el vocablo discriminación tiene una connotación peyorativa o negativa y hace alusión a un trato arbitrario e injustificado.

Por consiguiente, las cuotas son aquellas medidas que establecen la reserva de un número o porcentaje de plazas a determinados grupos. Éstas reservas pueden estar sujetas a condiciones como puedan ser los plazos o las cualificaciones pero también

⁹⁶ *Ídem*; pág. 54.

⁹⁷ *Ídem*; pág. 56.

pueden ser incondicionadas, pueden ser cuotas permitidas (flexibles siempre que no establezcan una preferencia de forma automática) y las prohibidas (rígidas)⁹⁸.

Las cuotas encuentran su justificativo, en la finalidad de remediar perdurables efectos desfavorables de discriminaciones de hondo arraigo social, como la sexual y la racial. Esto determina que fuera del cumplimiento de dicha finalidad, las cuotas se transforman en inaceptables discriminaciones directas⁹⁹.

El sistema de cuotas es legítimo conforme con el principio de justicia distributiva porque garantiza a las mujeres y otros colectivos desaventajados, una oportunidad de obtener logros y recursos en posiciones de poder, igual que a los varones, porque las personas del género femenino están significativamente subrepresentadas en los niveles decisorios más altos y del poder¹⁰⁰.

El sistema de cuotas opera de la siguiente manera, de existir dos sujetos en situaciones desiguales la norma realiza un tratamiento en beneficio del peor situado. Esta modalidad es la que plantea más problemas, ya que se combate “fuego con fuego” y como lo recuerdo el dicho “quien con fuego juega se termina quemando”, empero sí mantenemos esta postura la sociedad seguirá discriminando, por eso, creo necesario implantar un sistema de cuotas, para que quienes no hayan tenido la oportunidad de acceder a la universidad o a un puesto de trabajo, por la sociedad discriminadora en que vivimos puedan hacerlo, pues nuestra colectividad es tan diferente y debe tomar en cuenta los diferentes matices que la conforman.

Ejemplos de cuotas serían la asignación de un porcentaje o número de cupos a grupos discriminados en listas electorales, plazas laborales, en el ámbito educativo.

2. 6. 4. Medidas de trato preferencial

Son herramientas orientadas a realizar la igualdad de oportunidades, pero con énfasis en los resultados, esto es, en los objetivos últimos que se trata de alcanzar y para ello establecen la atribución de calificaciones o puntos especiales a determinados grupos. El trato preferencial puede tener las siguientes características: un punto de partida

⁹⁸ *Ibídem.*

⁹⁹ ARROYO VARGAS Roxana; *op. cit.*; pág. 438.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ Marcela; *op. cit.*; págs. 304-305

semejante o igual, una situación paritaria, por ejemplo igualdad de méritos o cualificaciones; en segundo lugar, una situación social o contextual de desventaja (como grupo o colectivo); finalmente, el establecimiento de una prioridad o un trato desigual o preferencial. Es decir, que con idénticas condiciones de partida, se da prioridad a los miembros del grupo desaventajado.

Ejemplos de medida de trato preferencial serían en el caso de dos personas que tengan la misma calificación en un concurso para un puesto de Fiscal, pero una de tales personas es mujer, entonces se le preferirá a ésta última, por su pertenencia al grupo desaventajado a lo largo de los siglos, siempre y cuando el trato preferencial que se le otorgue a la mujer no sea arbitrario peor injustificado, otro ejemplo sería el trato que se otorga a las personas minusválidas, de la tercera edad en lo concerniente a la media tarifa que pagan en el transporte público, o el que tengan una fila de preferencia en el banco o cualquier otra institución, o al hecho de recibir exenciones en el régimen tributario (Arts. 36 num. 5 y 47 num. 4 de la Constitución de 2008).

El trato preferencial y las cuotas son distintos, así mientras tal trato preferencial supone desde una situación de semejanza al favorecimiento a uno de los dos, el segundo no implica un trato preferente sino un trato privilegiado, es decir, se privilegia al que se encuentra en peor situación de partida y que no obtendría una plaza si no fuese beneficiado por estas medidas de la cuota¹⁰¹.

La igualdad en el punto de partida, no siempre implica igualdad en la meta, lastimosamente, eso es lo que acontece con los Reglamentos expedidos por el Consejo Transitorio de la Judicatura, en donde se otorgan dos puntos por el hecho de ser mujer, pero cuando se escriben estas líneas, al momento en que se encuentra el concurso para elegir a los jueces que conformarán la Corte Nacional de Justicia, vemos que en su mayor porcentaje están hombres, esperemos que se cumpla con lo previsto en la Constitución respecto de la paridad entre hombre y mujeres en la conformación de la mentada Corte.

¹⁰¹ GARCÍA AÑÓN José; “Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; pág. 266.

CAPÍTULO III: LA NECESIDAD DE ADOPCIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS A FAVOR DE LAS MUJERES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008

Una vez instituidas en el capítulo anterior las bases teóricas en torno al tema de las acciones afirmativas, conviene anotar que nuestro ordenamiento constitucional en el tercer inciso del numeral 2 del Art. 11, establece la posibilidad del ejercicio de tales herramientas por parte de grupos que se encuentren en situación de desigualdad, porque justamente una de las características que atañen a nuestro país, es el ser un Estado constitucional de derechos y justicia, lo cual involucra el sometimiento de los poderes públicos y privados a lo establecido en la Carta Política y además para lograr la justicia, hay que cruzar las barreras de la discriminación y para llegar a la meta, que es alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, se deben adoptar dichas acciones, ya que eso identifica a una sociedad más igualitaria e incluyente.

La Carta de Ciudad Alfaro, consigna expresamente el derecho a las acciones afirmativas, dicha disposición reza: “El *Estado adoptará medidas de acción afirmativa* que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”, esos titulares son las mujeres entre otros grupos, que se han encontrado y continúan en situación evidente de desigualdad, razón por la cual, el constituyente de Montecristi, quiso enmendar y remediar los contextos de desigualdad y de discriminación que han vivido tales colectivos diferenciados dentro de la colectividad ecuatoriana y por eso puso dentro de la Norma Fundamental las acciones afirmativas.

Lo expuesto dentro del nuevo marco constitucional, no hace sino reafirmar el compromiso adquirido por el Estado ecuatoriano con la comunidad internacional, ya que al ratificar los instrumentos de lucha de la discriminación contra la mujer, se comprometió a adoptar políticas públicas destinadas a favorecer a las mujeres, titulares de derechos que están en circunstancias de desigualdad.

Otra cuestión a considerarse es que cuando la Constitución ecuatoriana registra las acciones afirmativas, parte de reconocer que las estructuras sociales, económicas,

culturales están atravesadas por relaciones de poder asimétricas que han posicionado a ciertos colectivos en situaciones privilegiadas y a otros grupos en contextos de desigualdad. De cara a esta realidad, el Estado, no puede permanecer impasible sino que asume un rol activo para eliminar la desigualdad, la exclusión y las injusticias¹⁰².

Para lograr los efectos positivos que conlleva la adopción de las acciones afirmativas, debe haber también un “cambio de mentalidad tanto de los poderes públicos como de las personas y entidades privadas que interactúan en la sociedad”¹⁰³, esto significa, que no es suficiente prohibir la discriminación para que enseguida desaparezcan hábitos y prácticas que explican la debilidad socioeconómica o política de las mujeres, no basta que el ordenamiento jurídico establezca tales acciones si todos quienes formamos parte del colectivo, continuamos con conductas discriminatorias y seguimos llenos de prejuicios respecto a la inferioridad de la mujer, tenemos que ser conscientes que ellas han sido excluidas, segregadas y puestas en un segundo plano durante largo tiempo. En contraste vemos que hoy los dos países referentes de Sudamérica son conducidos por mujeres, inclusive una de ellas va camino a la reelección, todo lo cual abona en favor de la tesis, de que es hora de darles oportunidad a las mujeres, pero no se trata solamente de decir, está bien participen, ya sea en concursos o en elecciones, pues esta retórica de nada serviría si no se otorgan a las mujeres herramientas para competir en igualdad de condiciones, pues sólo así alcanzarán cupos en los puestos de dirección.

No se trata tampoco de dar un tratamiento a las mujeres, utilizando el modelo androcéntrico, ya que esto implica desconocer sus experiencias y nos dirige a la conclusión de que las mujeres pueden reclamar igualdad en tanto sean como los hombres. Vistas así las cosas, no se puede garantizar la igualdad real, dado que la realidad social nos demuestra que las personas no están similarmente situadas. Por el contrario, varones y mujeres están diferentemente situados con respecto a numerosas circunstancias económicas, políticas y sociales¹⁰⁴.

¹⁰² SALGADO Judith; “Derechos de Personas y Grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”. En: “La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones”; Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores); Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional; Quito 2009; pág. 141.

¹⁰³ TORRES-PARODI Cristina; *op. cit.*; pág. 2.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ Marcela; *op. cit.*; pág. 294.

Lo manifestado conlleva a la necesidad de que los entes estatales instituyan medidas de acción afirmativa, como herramientas para restaurar las facultades y libertades afectadas por el proceso discriminatorio, en otros términos, sí es necesario vía acciones positivas compensar la exclusión histórica de las mujeres. Más aún en el caso ecuatoriano cuando el Plan de Acción del Foro de las Américas por la Diversidad y la Pluralidad se llevó a cabo en la ciudad de Quito en el año 2001, convención donde se pidió a los Estados la instauración de acciones afirmativas.

Por último se debe acotar que el otorgar un trato preferente a alguien, implica una desventaja para el otro, aunque en el caso de las mujeres, el trato aventajado que se le da no es simplemente por el hecho de ser mujer sino “por encontrarse en una determinada situación de desventaja”¹⁰⁵.

3. 1. Sujetos

3. 1. 1. Sujeto Activo

El Art. 11 de la Carta Política en su Núm. 2 inciso, indica quienes son los titulares del derecho a la acción afirmativa, este derecho hay que entenderlo ligado a los principios de igualdad formal y no discriminación (derecho a la diferenciación), establecidos en el mismo numeral y en el Art. 66 numeral 4 *ibídem*.

Los sujetos activos de la acción afirmativa son de manera general los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, es decir, todas aquellas personas que forman parte de alguno de los grupos de atención prioritaria, establecidos en la Ley Fundamental vigente y que son: adultas y adultos mayores, jóvenes, migrantes, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de la libertad, personas usuarias y consumidoras, indígenas, afroecuatorianos y personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador, si bien dentro de los grupos de atención prioritaria no encontramos a las mujeres, sin embargo, se trata de un colectivo que continúa en situación de desigualdad respecto de los hombres, por eso se justifica su adopción.

La integración de los colectivos sociales implica la diferenciación de los mismos, las personas no son iguales materialmente, pero formalmente la ley si los ampara; en la

¹⁰⁵ AÑON María José; *op. cit.*; pág. 70.

medida que hay espacios no cubiertos por la ley o condiciones materiales de la vida; se hizo preciso que el concepto se reformara y diera cabida a la diferenciación, la igualdad formal se complementa con la material, mediante la implementación de acciones afirmativas¹⁰⁶.

3. 1. 2. Sujeto Pasivo

El Estado es el sujeto pasivo cuando se trata de adoptar medidas de acción afirmativa; entendiendo por ente estatal las instituciones que conforman la administración pública y sus autoridades. El Estado es el destinatario de la prestación “de hacer”, y no se trata únicamente de una facultad discrecional, sino de una obligación, ya que el tercer inciso del numeral segundo del Art. 11 del Código Político señala: “El Estado *adoptará* medidas de acción afirmativa”, esto implica un imperativo para todos los poderes públicos.

Cuando el Estado reconoce la existencia de discriminación en los hechos y adopta la disposición de combatirla vía acciones afirmativas, se hace necesario intuir que la solución no tiene que proceder exclusivamente del Estado. A pesar de que será el ente estatal quien establezca las directrices generales en materia jurídica, la población debe entender que la discriminación no sólo ocurre en el ámbito público sino que también toca el aspecto privado, de ahí que las políticas afirmativas deban adoptarse en el ámbito de la actividad privada (universidad, empresa, etc.).

Sobre este tema hay mucha tela que cortar, pues si bien el tercer inciso del numeral 2 del Art. 11 de la Ley Fundamental ecuatoriana vigente habla solamente de que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa, sin embargo a lo largo del texto constitucional no existe prohibición alguna para que los particulares las adopten, de ahí que cobre fuerza la postura de que los particulares pueden realizar acciones afirmativas, siempre que el tratamiento diferenciado no sea arbitrario e irrazonable, es decir, lo que no pueden hacer los particulares es discriminar (trato injustificado) a una persona por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad y las demás categorías contempladas en el segundo inciso del numeral 2 del Art. 11 *ibídem*.

¹⁰⁶ “La acción afirmativa como desarrollo del principio de igualdad”; *op. cit.*; pág. 208.

Además el principio de igualdad es un principio transversal del texto constitucional y sí para lograr la igualdad material, un particular requiere adoptar políticas de acción afirmativa, lo puede hacer pero siempre que su conducta esté enmarcada en lo delineado por la Constitución, pues es ésta quien traza la cancha de hasta donde es constitucional la actuación de los poderes públicos y privados.

3. 2. La cláusula de acción afirmativa para el caso de las mujeres en la legislación ecuatoriana

Las acciones afirmativas son herramientas que pretenden abrir espacios que tradicionalmente y sistemáticamente les han sido cerrados a las mujeres y pueden ser aplicadas en distintos ámbitos; en el campo laboral, para asegurar a las mujeres un acceso igualitario al empleo y la igualdad en el ejercicio del mismo; en el campo sindical, para asegurar la participación de las mujeres en los niveles de decisión y la integración de reivindicaciones específicas de las mujeres en el plan de acción de los sindicatos; en el campo político, para asegurar el acceso de las mujeres a puestos de decisión en los partidos, haciendo efectivo su derecho a elegir y ser electas¹⁰⁷.

La igualdad sustancial continúa siendo una meta tal como lo demuestra, el cuadro que traigo a colación en lo referente al número de fiscales mujeres y hombres que laboran en el Ecuador, he elegido esta institución pues es la dependencia donde trabajo y puedo obtener los datos de fuentes realmente fidedignas, debo aclarar que se me facilitó la nómina de fiscales que laboraban, actualizada a enero de 2011, así que puede existir un margen de error.

Provincia	Fiscales Hombres	Fiscales Mujeres	Porcentaje de Mujeres
Azuay	19	7	26.92%
Bolívar	9	1	10%
Cañar	14	1	6.66%
Carchi	9	1	10%
Cotopaxi	12	1	7.69%
Chimborazo	12	4	25%
El Oro	24	5	17.24%
Esmeraldas	14	2	12.5%

¹⁰⁷ ARROYO VARGAS Roxana; *op. cit.*; 437.

Galápagos	2	0	0%
Guayas	95	32	25.19%
Imbabura	15	3	16.66%
Loja	15	5	25%
Los Ríos	22	5	18.51%
Manabí	23	11	32.35%
Morona Santiago	9	2	18.18%
Napo	4	3	42.85%
Orellana	5	1	16.66%
Pastaza	5	2	28.57%
Pichincha	58	32	35.55%
Santa Elena	10	0	0%
Santo Domingo de los Tsáchilas	13	4	23.52%
Sucumbíos	6	1	14.28%
Tungurahua	16	4	25%
Zamora Chinchipe	10	0	0%
TOTAL	421	127	23.17%

Del cuadro elaborado podemos extraer que las provincias donde no existe participación alguna de las mujeres son Galápagos, Santa Elena y Zamora Chinchipe, asimismo la provincia donde existe una mayor participación de la mujer es en Napo con un 42.85% todavía lejos de la tan anhelada equidad de género, la provincia del Azuay está por sobre el promedio, pero lejano del 50 % y la provincia donde laboro (Cañar), tiene un porcentaje de participación de la mujer bajísimo, incluso en el cantón en el cual me desempeño, de 7 funcionarios que somos, apenas una es mujer.

En general a nivel de puestos de dirección en el caso Fiscalía General del Estado es todavía escasa la participación de la mujer, ni siquiera se llega a la cuarta parte, precisamente cuando acudíamos a dar una de las pruebas en el concurso convocado por el Fiscal General de ese entonces, tal autoridad en su discurso decía que la Fiscalía era la institución donde había mayor representatividad femenina, y la verdad me llamaba la atención, aunque ahora viendo estas cifras, la realidad dista mucha de las palabras, o tal vez si exista paridad de género en la Fiscalía, porque quizá los puestos de asistentes o secretarios mayoritariamente son ocupados por mujeres, pero en estos espacios no se toman decisiones, sino que se está supeditado a lo que el Fiscal del despacho disponga, es decir, que no hay tal representatividad.

Cuando estudiaba la carrera de Derecho y acudía al Aula Magna de la Facultad me preguntaba para mis adentros e interrogaba a mis compañeras y compañeros sobre si han visto la galería masculina de Decanos de la Facultad de Jurisprudencia y por qué no había mujeres. Unas personas me respondían porque no han querido. Otras decían porque no han podido. Y yo decía es que el ambiente que se vive es masculino y donde esto acontece, a las mujeres les queda dos vías, o se adaptan (a los hombres) o se excluyen y lo más frecuente es que ocurra el segundo supuesto.

Los medios estadísticos vistos dan buena cuenta de la situación real y de las circunstancias en que puede estar un grupo, en el caso las mujeres respecto de la participación de otros en la vida laboral del país.

A continuación traeremos a colación las normas referentes a acciones afirmativas que se encuentran en algunas leyes del ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente.

a) Constitución

Art. 176.- Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; *se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres.*

b) Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia

Art. 86.- El Consejo Nacional Electoral reiterará en la convocatoria, la obligatoriedad de cumplir con los principios de equidad, *paridad, alternabilidad, secuencialidad entre mujeres y hombres*, tanto de principales como de suplentes.

Art. 160.- Las y los representantes de la Asamblea Nacional, representantes ante los Parlamentos Andino y Latinoamericano, consejeras y consejeros regionales, las y los concejales distritales y municipales y vocales de juntas parroquiales rurales se elegirán votando por las candidaturas de las listas establecidas mediante procesos democráticos internos o elecciones primarias y que deberán mantener de forma estricta la equidad, *paridad, alternabilidad y secuencialidad entre hombres y mujeres* o viceversa...

Art. 165 segundo inciso.- “De producirse empate por el último escaño entre candidatos del mismo sexo se procederá a sortear la ganadora o el ganador entre quienes se encuentren en esta situación. *Sí entre los empatados se encuentra una mujer, tendrá preferencia en la adjudicación en aplicación de las medidas de acción positiva* y los principios de equidad y paridad que reconocen la Constitución y la ley, para que ésta ocupe dicho escaño”. Esta norma merece un comentario ya que en el caso de empate entre un hombre y una mujer, se da preferencia a ésta, como una forma de compensar la exclusión que de la vida política han sufrido las mujeres.

El sistema de cuotas, consiste en un mecanismo por el medio del cual la sociedad “puede cumplir su obligación de proveer los medios adecuados para que las mujeres puedan acceder al proceso político en una real condición de igualdad”¹⁰⁸.

Adentrándonos en nuestra realidad, por ejemplo durante el período 2000-2004 el promedio de representación de varones congresistas en los países andinos correspondía al 86.4 %¹⁰⁹. Actualmente de 124 asambleístas que tiene el Ecuador, 82 son varones y 42 mujeres¹¹⁰, es decir que el número de hombres prácticamente duplica al de mujeres asambleístas, los hombres representan el 66.12%, en tanto que el porcentaje de mujeres es del 33.87%; todo esto evidencia que a pesar de que el número de mujeres asambleístas es mayor en relación a períodos anteriores, estamos lejos de la paridad de género, y esto tal vez se deba a que si bien el Código de la Democracia, garantiza la equidad, alternabilidad y secuencialidad entre hombres y mujeres, lo que sucede es que en las listas pluripersonales, los movimientos y partidos políticos por lo general ponen en primer lugar a un varón, lo cual hace que sean más los hombres electos a cargos de elección popular, una solución podría ser la elección en listas cerradas.

La incorporación de mujeres en la toma de decisiones mediante mecanismos de acciones positivas como el sistema de cuotas contribuye a una representación más genuina de la diversidad de la sociedad y de la mayor cantidad de intereses¹¹¹.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ Marcela; *op. cit.*; pág. 326.

¹⁰⁹ SALGADO Judith; “Género y Derechos Humanos”. En: “El género en el derecho: Ensayos críticos”; Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (compilador y compiladoras); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2009; pág. 168.

¹¹⁰ Tomado de <http://www.asambleanacional.gov.ec>. Fecha de consulta: 04 de noviembre de 2011.

¹¹¹ RODRÍGUEZ Marcela; *op. cit.*; pág. 307.

c) Código del Trabajo

Otra cuestión que denota el avance de nuestras leyes en torno al tema de la discriminación es que se unificó el salario mínimo vital para todos, ya que hasta el año 2005, tal salario era de USD 170 para todos los trabajadores, excepción hecha de las trabajadoras domésticas, quienes percibían únicamente \$55, lo cual denotaba una inequidad en el trabajo remunerado, aunque en parte esto no ha sido sepultado ya que generalmente los puestos de alta dirección, en donde se ganan los mayores sueldos, están ocupados principalmente por hombres.

d) Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)

“Art. 173.- La Corte Nacional de Justicia estará integrada por veintiún juezas y jueces, quienes se organizarán en salas especializadas. Serán designados por el Consejo de la Judicatura para un periodo de nueve años, conforme a un procedimiento de concursos de oposición y méritos, con impugnación y control social. *Se promoverá, a través de medidas de acción afirmativa, la paridad entre mujeres y hombres...*”. Esperemos que esta norma sea respetada en el concurso realizado por el Consejo de la Judicatura Transitorio para la elección de tales jueces.

e) Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP)

Art. 5 segundo inciso.- Las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, *promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres* en los cargos de nominación y designación.

3. 3. El caso del último inciso del Art. 81 de la LOSEP

Art. 81 último inciso.- “Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto...”.

La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado para todos en los Arts. 66 numeral 4 y 11 numeral 2 de la Constitución, lo cual no implica desconocer el derecho a la diferencia que tenemos todos por nuestra condición de seres humanos.

Existen dos tipos de igualdad: la formal y la material; la primera supone la extendida concepción de la igualdad ante la ley, es decir, la paridad de tratamiento en la legislación y en la aplicación del derecho a todos los ciudadanos; en contraste, la igualdad material toma en cuenta circunstancias de contenido en la delimitación de la igualdad, es decir, se identifica con la idea de equiparación y equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales; en otras palabras, esta última clase de igualdad implica la consideración de la desigualdad social de los individuos, para que de esta manera las leyes consideren las diferencias existentes para aplicar las medidas que tiendan a eliminarlas y conseguir un equilibrio de la situación de los individuos; no obstante, no podrían las leyes discriminar sin una razón razonable y justificable.

Una de las medidas que suelen aplicarse para conseguir la igualdad material son las acciones afirmativas, mismas que buscan la protección de grupos o personas particularmente vulnerables y que la Carta del Estado ecuatoriano los llama de atención prioritaria, entre quienes se encuentran los adultos mayores. Las políticas de acción positiva son necesarias para aliviar determinadas desventajas, “se trata de la aplicación de medidas tendientes a derogar garantías de la igualdad formal en nombre de exigencias de la igualdad material que se estima prevalentes (...)”¹¹².

En otro orden de ideas, la discriminación es generalmente un atentado contra el derecho a la igualdad, que la mayoría de las legislaciones consideran intolerable; la discriminación es una diferenciación injusta o ilegítima, porque no trata de igual manera a aquellos que están en idénticas condiciones.

Por otra parte, el derecho al trabajo es esencial para los individuos; permite su realización como personas, su sustentación económica, desarrollo de proyecto de vida, etc.; es un derecho fundamental establecido en nuestro Código Político en el Art. 66 numeral 17; la legislación laboral en general tienen un carácter eminentemente proteccionista en pro de los trabajadores, cuyos derechos son

¹¹² PÉREZ LUÑO Antonio Enrique; “Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica”; Editorial Tecnos; Madrid 1997; pág. 230.

irrenunciables, inembargables, imprescriptibles; cualquier accionar ya provenga de un particular o de la autoridad pública debe garantizar la efectiva vigencia de estos derechos y no vulnerarlos, so pena de incurrir en una violación contra los mismos.

El numeral 2 del Art. 11 de la Carta de Ciudad Alfaro prohíbe la discriminación, entre otras, por razones de edad; ahora bien, el último inciso del Art. 81 de la LOSEP es inconstitucional, por cuanto únicamente considera para la jubilación la edad sin ningún otro criterio, obligándole a la persona que se halla en esta situación a optar por la jubilación, cesándole en su cargo, lo cual constriñe su derecho de libertad puesto que se le está obligando a terminar en sus funciones cuando puede no ser ese su deseo; esto implica un tratamiento arbitrario e injustificado, lo que caracteriza a la discriminación, tema que ha sido abordado por la Corte Constitucional Ecuatoriana en su sentencia No. 0002-10-SIN-CC, de fecha 8 de abril de 2011, que en su considerando Octavo expone: “La igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie, lo que prohíbe es que diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada”¹¹³.

Al mismo tiempo, debe determinarse que las personas adultas mayores, gozan de medidas de acción afirmativa para lograr su equiparación con los demás miembros de la colectividad, lo que evidencia que es aún más rechazable cualquier discriminación a la que sean sometidos quienes pertenecen a este colectivo. Justamente entre sus derechos tenemos el contemplado en el numeral 2 del Art. 38 de la Constitución, que invoca la obligación del Estado a ejecutar políticas destinadas a fomentar la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas para que contribuyan con su experiencia.

A continuación pasamos a desarrollar el test de razonabilidad, para ver si este trato desigual es o no discriminatorio:

1) El objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.- En este caso, es la eficiencia en la prestación del servicio público de administración de justicia, lo cual, a no dudarlo, constituye un importante fin, ya que se trata de lograr una mayor eficacia en la satisfacción de dicho servicio lo cual está en concordancia

¹¹³ Tomado de [http: www.corteconstitucional.gov.ec](http://www.corteconstitucional.gov.ec); Sentencia No. 002-10-SIN-CC. Fecha de consulta: 25 de octubre de 2011.

con el mandato constitucional que garantiza a los ciudadanos acceder a bienes públicos con eficiencia, eficacia y buen trato (Art. 66 numeral 25 Constitución), así como la disposición constitucional que establece que las normas procesales consagrarán entre otros el principio de eficacia (Art. 169 ibídem).

2) La validez del objetivo en el marco de la normativa constitucional.- Si la Constitución, en el Art. 169 avala el sistema procesal, como medio de realización de la justicia, es procedente, que a fin de garantizar una óptima prestación del servicio público de administración de justicia, se realicen valoraciones que pueden establecer diferenciación en cuanto a la edad respecto de los servidores públicos.

3) La racionalidad del trato desigual, es decir la debida proporcionalidad entre el trato desigual y el fin que se persigue.- Es necesario considerar que la diferenciación se efectúa, por la edad que ostentan las personas, edad a la que todos y cada uno de nosotros debemos llegar inexorablemente, si es que antes no sucumbimos, a pesar de ello prima facie, no existe justificación razonable, para considerar a las personas mayores de 70 años en el texto impugnado, carentes de eficiencia para desempeñar la labor encomendada para la prestación del servicio público de administración de justicia, pues, no se ha llegado a determinar que, no obstante su edad, se encuentren disminuidas en su capacidad intelectual. Por todo lo dicho, se concluye en la inexistencia de proporcionalidad entre la medida diferenciadora contenida en el último inciso del Art 81 de la LOSEP y la finalidad pretendida, que es la eficiente prestación del servicio público administración de justicia, en tanto coloca a un sector de la población en situación laboral disminuida, cuando incluso, el propio ordenamiento constitucional contiene normas que van en beneficio de las personas adultas mayores, reconociendo que es una realidad insoslayable el que son objeto de discriminación, además dar este tratamiento implica transgredir lo previsto en el Art. 11 numeral 2 de la actual Carta Magna.

Corroborando lo anterior tenemos que lo dispuesto por la norma analizada (Art. 81 último inciso LOSEP) como medida para asegurar la eficiencia en la prestación del servicio público judicial no es la más idónea, es decir, adecuada y apropiada ya que su resultado deviene en una evidente vulneración al derecho a la igualdad y la consiguiente discriminación; más bien, la medida a tomarse debió ser la evaluación inmediata de las personas que se encontraban en el supuesto de la disposición

estudiada; evaluación que tendría como finalidad verificar la eficiencia de los servidores en la prestación de los servicios; si bien con el transcurso de la edad, las personas ven menguadas sus aptitudes intelectuales, esto no constituye una regla incondicional, ya que inclusive se han dado casos de personas que desarrollan obras literarias, aportes brillantes, etc. a edades muy avanzadas; verbigracia: José Saramago ganó el Premio Nobel de Literatura en 1998 cuando tenía 76 años de edad o Mario Vargas Llosa; para efectos de comparación y para resaltar este criterio valdría traer a colación el ejemplo que nos presenta el tratadista español Pérez Royo:

“En el ajedrez el componente social de la inteligencia es prácticamente nulo (...) El ajedrecista empieza a ser buen ajedrecista de niño, suele ser muy bueno de adolescente y alcanza, en todo caso su punto culminante como jugador profesional a una edad muy temprana. Alrededor de los 30 años el ajedrecista alcanza su máximo nivel, a partir del cual empieza el declive. En el derecho ocurre todo lo contrario. El derecho es puro artificio social y por eso el componente social de la inteligencia es muy alto (...). Ni siquiera en los primeros años como adulto se aproxima el jurista a su máximo nivel. Por lo general el momento en que empieza el descenso en la capacidad del ajedrecista coincide con el momento en que empieza la afirmación de la capacidad del jurista”¹¹⁴.

Asimismo, resaltamos que el Art. 87 del COFJ determina la evaluación individual y periódica de su rendimiento al que son sometidos los servidores de la Función Judicial; por tanto, la eficiencia en los servicios públicos judiciales se garantiza con una evaluación a todos los servidores sin consideración a su edad; todas las argumentaciones planteadas nos llevan al criterio de que la norma objeto de análisis es discriminatoria, porque al no ser idónea para conseguir la eficiencia en el servicio público de administración de justicia, conlleva a una discriminación que bajo ningún fundamento está justificada y que, además, está rechazada en nuestro ordenamiento constitucional; hasta aquí llega el juicio de razonabilidad, por cuanto no se ha cumplido con el requisito de que la medida que persigue el fin constitucionalmente legítimo haya sido adecuada.

En resumen, lo dispuesto por la norma de la LOSEP, supone un trato discriminatorio para las personas adultas mayores ya que si llegan a tal edad cesan en su puesto y deberán salir del servicio público, no se les da otra opción, asimismo sí consideramos que la medida es adecuada, sin embargo no es necesaria, ya que tomando esta

¹¹⁴ PÉREZ ROYO Javier; *op. cit.*; pág. 25.

medida se vulneran otros derechos constitucionales y legales, como el de gozar de estabilidad en su puesto (Art. 23 literal a) LOSEP), el derecho todo servidor público a no ser discriminada o discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos (Art. 23 literal n) ibídem), más bien existen otras rutas como la evaluación, que es la política a ser adoptada cuando se escriben estas palabras, a todos quienes conformamos la Función Judicial, independiente de la edad.

También debe resaltarse que ni la ciencia médica ni ninguna otra disciplina científica ha podido demostrar que una persona que pasa de los 70 años, no puede ejercer labores intelectuales, bien sean éstas administrativas, legislativas o de otra índoles... No debe existir edad obligatoria de separación del cargo; su elección es un derecho del trabajador, la continuación o no de cualquier trabajador en el empleo no deberá ser en función de la edad, sino de las aptitudes y capacidades efectivas del trabajador para su puesto de trabajo, esto significa que primero debería realizarse a las personas que llegan a esa edad una evaluación, y si no reúnen los mínimos necesarios, en este supuesto deberían ser cesados en su cargo, más no en ninguna otra circunstancia, de tal manera que ninguna ley, reglamento u otra norma podrá establecer requisitos para ocupar ciertos cargos, haciendo referencia en forma discriminatoria a la edad de los trabajadores, se deberá tener en cuenta exclusivamente razones objetivas de igualdad para todos¹¹⁵, en este sentido debería pronunciarse la Corte Constitucional ecuatoriana, puesto que una ocasión anterior, en la resolución No. 04-006, el extinto Tribunal Constitucional ecuatoriano declaró inconstitucional, la frase “ni ser mayor de 65 años”, circunstancia que debía cumplir quien deseaba postularse para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Otra cosa a tomarse en cuenta es que por ejemplo en los Reglamentos que emitió el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para los distintos concursos, se otorgaban dos puntos más como medida de acción afirmativa para las personas mayores de 65 años de edad, supongamos que participa una persona que tiene 69 años y gana el puesto de Fiscal General del Estado, función que tiene un período de

¹¹⁵ SALGADO ÁLVAREZ Judith; “Lidiando con la diferencia, respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana”. En: “Igualdad y no discriminación”; Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Imprenta V & M Gráficas; Quito diciembre 2010; pág. 510.

duración de 6 años, en este caso esa persona sólo podría desempeñar sus funciones hasta que llegue a la edad límite (70 años), es decir solo ostentaría el cargo de Fiscal General por un año, más bien, la norma debería ser reconsiderada y sujeta a que si no se pasa la evaluación la persona es cesada en su cargo, autónomamente de su edad.

Algo que podría contra argumentarse es que en un sistema democrático no se concibe la idea del ejercicio indefinido de cargo o función pública alguna, siendo más bien una exigencia de la vida democrática¹¹⁶, la necesaria imposición de límites al ejercicio de todo cargo, a fin de evitar el natural abuso del poder cuando el mismo se lo puede ejercer en forma indefinida, con lo cual una solución para que los puestos no sean sempiternos, sería que sean a plazo fijo, sin embargo esto atentaría contra la carrera judicial, fiscal y de la defensoría pública, así que lo más sensato sería que previo a cesarle en el cargo al servidor público que ha llegado a cumplir tal edad, se le realice una evaluación, si pasa mantiene sus funciones, caso contrario cesa.

3. 4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana en materia de acciones afirmativas en beneficio de las mujeres

En cuanto a sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana que se refieran al tema de las acciones afirmativas tenemos la siguiente:

“De conformidad al Artículo 11.2 de la Constitución de la República, “todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos (así como) el Estado adoptará medidas afirmativas para promover la igualdad real (...). Es evidente que a la luz de la igualdad formal y sustancial, el juez constitucional debe garantizar los derechos de los discapacitados incluso con medidas afirmativas, disposición que implica que: **a)** el reconocimiento de la diferencia debe ser respetado, y debe propiciar un espacio adecuado para su integración social; **b)** el trato diferente debe tender a generar beneficios a los discapacitados de forma temporal o permanente; y, **c)** los beneficios se justifican respecto de su condición, reconocida por el Estado”¹¹⁷.

Este proceso trata de una acción de incumplimiento que fue interpuesta por el representante del CONADIS en contra del Procurador General del Estado y del Gerente General de la CAE, en razón de que a juicio del actor las aludidas

¹¹⁶ *Ídem*; pág. 511.

¹¹⁷ Tomado de [http: www.corteconstitucional.gov.ec](http://www.corteconstitucional.gov.ec); Sentencia No. 002-09-SAN-CC, págs. 26-27. Fecha de consulta: 27 de octubre de 2011.

autoridades incumplieron lo previsto en el Art. 23 de la Ley reformativa a la Ley sobre discapacidades, norma en la cual se establecía una exoneración respecto a la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos, destinados al traslado de personas con discapacidad, esta regla prevé una medida de acción afirmativa en pro de las personas discapacitadas, el problema de la sentencia gira en torno a saber si el Procurador y el Gerente de la CAE incumplieron o no dicha disposición legal, esto no interesa a esta investigación, lo único que merece destacarse es que la Corte Constitucional ecuatoriana se refiere en esta sentencia al tema de las acciones afirmativas, aunque no sea en específico para las mujeres, pero es lo único que tenemos sobre dichas acciones. Sin embargo, esta resolución es de avanzada, ya que al final le termina conminando al Gerente General de la CAE a cumplir con lo previsto en el precitado Art. 23.

3. 5. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en materia de acciones afirmativas en beneficio de las mujeres

Sentencia de Constitucionalidad No. C-410 de 1994¹¹⁸

Esta sentencia examina la constitucionalidad que se demanda respecto de la Ley 100 de 1993 que estableció en Colombia una edad diferente para obtener la pensión de vejez o también conocida como jubilación, en el caso de mujeres y varones, para las primeras el requisito era haber cumplido 55 años y para los segundos 60. Así a juicio del demandante las mujeres resultan favorecidas por el señalamiento de una edad menor que la exigida a los varones, a quienes consecuentemente se discrimina.

A pesar de ello la Alta Corporación comienza analizando la igualdad formal y la igualdad sustancial, partiendo del hecho de que la primera hace alusión a la similar posición de todos ante la ley, de tal forma que los destinatarios reciban un trato idéntico en las normas y en su aplicación, mientras la igualdad sustancial se refiere al compromiso de remover obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho, motivo por el cual, esta última clase de igualdad revela un carácter remedial, *compensador*, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de *acciones positivas* de los

¹¹⁸ GAVIRIA DÍAZ Carlos; *op. cit.*; págs. 75-103.

poderes públicos. He aquí como la Alta Corporación colombiana justifica las acciones afirmativas para grupos que han sido excluidos, en este caso las mujeres, como una forma de remediar y compensar la discriminación padecida por ellas.

Asimismo aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico colombiano, la igualdad sustancial todavía constituye una meta, así lo demuestra la subsistencia de las realidades sociales desiguales. Al tenor de lo expuesto, las medidas que tengan por objeto compensar previas desventajas soportadas por determinados grupos sociales y en particular las que buscar paliar o remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, no pueden reputarse, contrarias a la igualdad; empero, su validez depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias.

Luego se argumenta en que la noción de tiempo de descanso resulta prácticamente vacía de contenido para la población femenina trabajadora, los fines de semana y feriados, cuando no están dedicados al trabajo remunerado, son utilizados para adelantar actividades domésticas, y mientras tanto los restantes miembros de la familia se entregan al ocio. Las duras jornadas y la carencia de tiempo libre hacen del grupo femenino un sector propenso al deterioro de su salud física y mental.

Sí la enfermedad tanto física como mental no constituye un fenómeno exclusivamente biológico, resulta fácil concluir que la más alta exposición de las mujeres a los factores de riesgo viene determinada por el papel que se les ha atribuido; de modo que la desigualdad entre los sexos tiene incidencia en la posición de unos y otras ante el padecimiento.

El tratamiento jurídico de la discriminación sexual no puede ignorar la realidad social que se muestra distante de la igualdad, y que por lo mismo, amerita la adopción de medidas positivas favorables a la población femenina trabajadora y dirigidas a promover la mejor participación de las mujeres en el mundo laboral y a compensar los efectos nocivos de esa realidad social que genera desigualdad.

Por todo ello en opinión de la Corte Constitucional colombiana la previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez, es una medida que precisamente, toma en cuenta fenómenos sociales anómalos con un indudable

propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada. Motivo por el que la ley demandada encuadra con la Ley Fundamental colombiana y es constitucional.

En estos días se debate en el Ecuador, la diferencia de edad en cuanto a obtener la jubilación, según se trate de hombres y mujeres, valdría tomar como referencia esta sentencia y hacer una investigación más prolija, con estadísticas en mano acerca de la situación de la mujer en el ámbito laboral ecuatoriano, para ver si la norma que se quiere introducir es constitucional o no, únicamente podría decirse que la realidad colombiana no difiere mucho de la nuestra, porque los dos países se caracterizan por ser profundamente discriminatorios y excluyentes con las mujeres, así que de establecerse una edad diferente en el acceso a la jubilación, para los dos sexos, no se estaría discriminando, se estaría compensando y remediando al sexo que por siempre ha sido relegado a un segundo plano, esperemos a ver que acontece.

El presidente del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), Ramiro González, rechazó la propuesta de reforma que se analiza en la Asamblea y que plantea reducir los años de aportación para la jubilación de las mujeres. Puso como ejemplo que una mujer con 25 años de trabajo, que inició su vida laboral a los 20, se podría jubilar a los 45 años, y esa misma persona con una expectativa de vida de 78 años haría que el IESS le tenga que pagar durante 33 años una pensión por 25 años de aportes¹¹⁹. Lo manifestado por tal funcionario, si bien revela una realidad, que es el alto costo económico que implicaría para las arcas del Estado el pagar tantas jubilaciones a mujeres con altas expectativas de vida durante años, sin embargo, la Constitución de Montecristi estableció que el Estado tendría que adoptar medidas de acción afirmativa en favor de los titulares que se hallen en situación de desventaja, si no las adoptamos estaríamos retrocediendo y como se sabe uno de los principios de aplicación de derechos es la no regresividad, asimismo vivimos en un Estado constitucional de derechos, en donde las prerrogativas de las personas están por sobre todas las cosas, no dar ese paso, sería mantener el *status quo* en que vivimos, donde las mujeres seguirían siendo discriminadas y no proyectarnos a ser una sociedad más igualitaria, motivo por el cual, a mi juicio la

¹¹⁹ Tomado de <http://www.radiomajaguabo.icrt.cu/en/news/35-internacionales/1507-ecuador-califican-de-demagogico-debate-sobre-jubilacion-femenina-.html>. Fecha de visita: 04 de noviembre de 2011.

previsión de una edad diferente para el caso de las mujeres sería una medida de acción afirmativa plenamente justificada.

Sentencia de Constitucionalidad No. C-371 de 2000¹²⁰

Esta sentencia examina la revisión previa relacionada con un proyecto de ley estatutaria que regula la participación de las personas de sexo femenino en la alta dirección del ente estatal, estableciendo para ellas una cuota del 30 % como mínimo de los cargos a ser ocupados en instituciones del sector público. La cuota en esta sentencia es tomada como una clase de acción afirmativa, que pretende beneficiar a las mujeres como grupo, para remediar la baja participación que hoy en día tienen en los cargos directivos y de decisión del Estado.

La finalidad de adoptar las cuotas es aumentar, en un tiempo corto, la participación de la mujer en los cargos directivos y de decisión del Estado; la cuota es una medida eficaz, pues garantiza que el objetivo perseguido se concrete en resultados. Por otra parte, el hecho de que se imponga una cuota para que la mujer participe en ámbitos de decisión del Estado, no sólo obliga a las autoridades nominadoras a indagar por esas mujeres, sino que también les permite hacerse visibles; de esta manera se va creando un hábito o costumbre de pensar en ellas y reconocerlas como plenamente capaces para desempeñarse en los cargos más altos de la esfera pública.

En virtud de la cuota si bien se reducen las expectativas del hombre que espera ser elegido, ello no implica, una carga excesiva y peor un vicio de constitucionalidad.

Los hombres siempre hemos tenido un mundo para nosotros y al cual las mujeres han tenido que adaptarse, me parece acertado el razonamiento de la Corte Constitucional de Colombia en el sentido de que la ley estatutaria analizada se enmarca en lo previsto en la Carta Magna de tal país, ya que sólo reservando un porcentaje (cuota) del total de puestos a disputarse para las mujeres se asegura que ellas ya no continúen siendo discriminadas y que su género no siga estando subrepresentando, al contrario hace que paulatinamente las mujeres se vayan integrando y ejerciendo los puestos de dirección en las altas esferas públicas, claro que el 30% es un mínimo, ya que lo ideal sería que exista paridad entre los sexos, cuando se trata de ejercer tales cargos.

¹²⁰ GAVIRIA DÍAZ Carlos; *op. cit.*; págs. 99-158.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

1. Cada persona es, qué duda cabe, un universo aparte, un mundo interior rico en matices y en intenciones, que le hace aparecer como distinto de su prójimo, a pesar de la igualdad esencial existente entre ellas¹²¹. En este sentido debemos indicar que las desigualdades entre los seres humanos son naturales, de ahí que existan personas altas, bajas, flacas, gordas, negras, blancas, hombres, mujeres, pobres, ricas, empero, lo que no es normal, es que esas desigualdades sirvan como excusa para dominar, segregar, excluir o discriminar a los que se encuentran en situación de inferioridad, “no es sensato que esas desigualdades se perpetúen. Sin la intervención del Estado, el egoísmo humano no conoce freno, las desigualdades se agudizan generación tras generación”¹²². Una cosa son las diferencias biológicamente dadas y otra la significación que culturalmente se les asigna a esas diferencias¹²³.

La igualdad ha sido un principio inmerso a lo largo de la historia, antes se creía que sólo tratando igual a lo igual y diferente a lo diferente, bastaba para que este principio se concretice, posteriormente se concebía que sí la ley daba un tratamiento igual a todos era suficiente para garantizar la igualdad, es decir, únicamente se hacía alusión a la igualdad formal, sin embargo, esta visión unidimensional de la igualdad fue superada y por eso actualmente se habla de la presencia de dos vertientes de la igualdad, la formal y la material, y justamente una de las herramientas para conseguir la última clase de igualdad son las acciones afirmativas.

Al contrario de lo que podría parecer los principios de igualdad formal e igualdad sustancial o material no son inconciliables, sino interdependientes. Así la igualdad formal no prohíbe toda diferencia de trato normativo, sino que sólo exige que esa diferencia deba estar basada en una razón relevante¹²⁴.

Por otra parte debemos considerar que para lograr la igualdad, se debe combatir la discriminación, término catalogado en sentido peyorativo, visto como aquel

¹²¹ FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA PEDRO; “Estudios de Derecho Comparado”; Universidad de Cuenca; PUDELECO Editores S. A.; Quito 1997; pág. 18.

¹²² JUÁREZ Mario Santiago; *op. cit.*; pág. 355.

¹²³ JARAMILLO Isabel Cristina; *op. cit.*; pág. 105.

¹²⁴ CARMONA CUENCA Encarna; *op. cit.*; pág. 5.

tratamiento injusto y arbitrario, se tiene que superar tanto la discriminación directa como la indirecta, porque sólo así conseguiremos una sociedad más igualitaria, incluyente y participativa, en donde se tomen en cuenta los puntos de vista de todas y todos quienes conformamos la colectividad, es por ello, que en el segundo inciso del numeral segundo del Art. 11 de la Constitución ecuatoriana se determina un extenso catálogo de cualidades por las que no se puede discriminar, lista que no es limitativa, de forma que podrán existir otras que también estén prohibidas si atentan contra la dignidad humana y anulan o menoscaban nuestras prerrogativas y libertades.

Sí se quiere lograr la igualdad material entre hombres y mujeres, eliminando las desigualdades que ocurren en la realidad, es vía acciones afirmativas, mismas que se presentan como “políticas correctoras de las desigualdades sociales patriarcales como las sudamericanas”¹²⁵, razón por la cual se hace necesaria su adopción.

2. Las acciones afirmativas encuentran su germen en los Estados Unidos de Norteamérica, primero se aplicaron para combatir la segregación de que eran objeto las personas de raza negra, sobre todo en el aspecto laboral, luego se fueron extendiendo a otros grupos y ámbitos, hasta llegar a las mujeres en los aspectos político, educativo, etc.

Las acciones afirmativas son políticas correctoras de la igualdad, que se dirigen a colectivos que han sido objeto de discriminación, y pueden aplicarse en distintos aspectos de la vida, por eso encuentran su razón de ser en la justicia compensatoria, distributiva y de utilidad social, porque simplemente de esta forma, se generaría una sociedad más accesible a las mujeres, obviamente para adoptar una política de acción afirmativa se deben cumplir cada uno de los elementos analizados, porque caso contrario estaría vedado la adopción de la misma.

El propósito de las acciones positivas, es quebrar viejos paradigmas de segregación y exclusión y abrir oportunidades para mujeres que les han sido cerradas tradicional y sistemáticamente, o cambiar los signos visibles de pasadas distinciones de género y,

¹²⁵ ARROYO VARGAS Roxana; *op. cit.*; pág. 437.

así, “brindar el aliento para el proceso de dismantelar las barreras, psicológicas o de otro tipo, erigidas por prácticas pasadas”¹²⁶.

Ya no se trata únicamente de que para cumplir con el principio de igualdad en sus dos corrientes, los Estados se abstengan únicamente de discriminar, sino también los entes estatales tienen que remediar las situaciones de discriminación social, mediante la introducción de medidas compensadoras, que favorecieran a los sectores discriminados¹²⁷, estas medidas son las acciones afirmativas o positivas. Dicho en otros términos, a más del compromiso de abstención por parte del Estado de realizar actos discriminatorios, (derecho a la no discriminación), existe una obligación positiva para equiparar situaciones desiguales (derecho a las acciones afirmativas).

En este contexto se puede patrocinar que una acción positiva que consiste en atribuir una ventaja inmediata a un beneficiario individual de esa acción no constituye una discriminación, en el sentido de disminución injustificada del derecho de los excluidos por ese beneficio, sino que instituye una medida de igualdad efectiva de los pertenecientes a un grupo discriminado, por ello tales acciones, tienen que justificarse en cada caso.

Decíamos también que el principio de igualdad no prohíbe toda diferencia de trato, sino sólo aquella que carece de una justificación objetiva y razonable, es decir que sí se puede dar un tratamiento diferente, siempre que ese trato no sea discriminatorio, todo con el propósito de corregir y compensar en este caso a las mujeres, que han sido relegadas a un segundo plano, como se lo consigue, implementando medidas de acción afirmativa. Para que un tratamiento diferente sea válido, debe superar todas y cada una de las etapas del test de razonabilidad aplicado al juicio de igualdad, es decir, primero ese tratamiento desigual que se otorga debe perseguir un objetivo, este objetivo tiene que estar acorde con la Constitución, y ese trato debe ser razonable, y dentro de esta última etapa el tratamiento debe ser adecuado, necesario y proporcional en sentido estricto, sólo si el tratamiento logra superar estas fases y subfases será un tratamiento válido, caso contrario no, vale advertir también que si no se logra superar una de las etapas no se puede seguir con el test de razonabilidad.

¹²⁶ RODRÍGUEZ Marcela; *op. cit.*; pág. 327.

¹²⁷ LÓPEZ GUERRA Luis; *op. cit.*; pág. 28.

Las acciones afirmativas son de distintas clases, ya se presenten como medidas de concientización, de promoción de la igualdad, cuotas o de trato preferencial, todas persiguen un objetivo común, que es lograr una sociedad que tienda a la igualdad, razón por la cual, en este trabajo investigativo nos hemos centrado en cada una de las acciones dirigidas en pro de las mujeres, que ha sido el género discriminado por excelencia, pues únicamente de esta manera, se puede ayudar a aquellas personas que cuentan con un menor peso dentro de la sociedad.

3. Ha sido largo y difícil el camino que ha tenido que transitarse, para que la comunidad internacional entienda la necesidad de la construcción de sociedades cimentadas bajo un nuevo paradigma de la igualdad, que conjugue las dos clases de igualdad: formal y material, y con ello para que se apliquen medidas de acción afirmativa que permitan la erradicación de las discriminaciones por razón de sexo.

Algo digno de resaltar de la Ley Fundamental ecuatoriana vigente es el reconocimiento constitucional que por primera vez se otorga a las acciones afirmativas, lo cual denota el carácter avanzado en este aspecto de este cuerpo normativo, a nadie siquiera se le debería ocurrir discutir acerca de si son o no constitucionales las mentadas acciones, lo que correspondería dilucidar es si esas políticas que se dictan y se emitirán en un futuro no muy lejano superan el test de razonabilidad, en este sentido el papel de la Corte Constitucional y de las juezas y jueces constitucionales ecuatorianos es de capital importancia para la concreción del principio de igualdad y para la vida misma del Estado ecuatoriano, aunque lastimosamente como están las cosas, hasta cuando se escriben estas líneas, el papel del máximo organismo de interpretación constitucional y guardián del Código Político, deja mucho que desear, porque en casos relevantes, ha direccionado su decisión a satisfacer intereses del gobierno antes que a argumentos jurídicos.

El Ecuador al haberse establecido en su actual Constitución las acciones afirmativas y al haber ratificado la CEDAW, adquiere la obligación de tomar tales medidas garantistas para lograr una igualdad real entre hombres y mujeres, solo que la Legislatura está en deuda con dichas acciones, ya que únicamente existe el anteproyecto de la ley de igualdad y no discriminación, empero no ha sido debatido, pues lo que interesa discutir en la Asamblea son temas que actualmente están en la palestra nacional, olvidándose de otros de suma importancia.

Con los ejemplos que pusimos en el tercer capítulo nos damos cuenta que la presencia femenina es inversamente proporcional a la jerarquía institucional; a mayor categoría, menos mujeres, existen.

A pesar de lo dicho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano encontramos normas relacionadas con las acciones afirmativas, así las contenidas en el Código de la Democracia, donde en cuanto a las cuotas en las listas de postulación, nuestro país cuenta con una de las cuotas más amplias de la región (50%), es decir, que el Ecuador ha adoptado el sistema de estricta paridad, que implica igual número de candidatos hombres y mujeres en las listas para elecciones pluripersonales, dejando de lado el sistema de paridad flexible, que supone la paridad con un margen de flexibilidad, “esta es la fórmula que plantea la participación equilibrada de mujeres y hombres dentro de los rangos de 40/60 es decir, que ninguno de los sexos se encuentre infra representado en menos de 40% ni sobre representados en más del 60 %”¹²⁸.

Otros cuerpos normativos que se refieren a las acciones afirmativas son la Ley Orgánica del Servicio Público, el Código Orgánico de la Función Judicial, diversos reglamentos para los concursos de Fiscal General, miembros del Consejo Nacional Electoral, Defensor Público, emitidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el reglamento para el concurso de Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, expedido por el Consejo de la Judicatura Transitorio, inclusive la misma Constitución en sus Arts. 170 y 176 se refieren a igualdad y paridad entre mujeres y hombres.

Sí bien disponemos algo en la legislación en lo concerniente a las acciones afirmativas, no obstante en cuanto a precedentes jurisprudenciales estamos comenzando, de ahí que cuando toque resolver el tema de las aludidas acciones, ojalá la Corte Constitucional ecuatoriana tome como una guía los pronunciamientos de la Alta Corporación del vecino país del norte, y auguremos también a que en el futuro la Corte Constitucional de nuestro país goce de mayor independencia, respecto de los otros órganos del Estado.

¹²⁸ BERMÚDEZ VALDIVIA Violeta; “Hacia la Igualdad de Género en el sistema de justicia” DEMUS (Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer”; Lima 2009; pág. 16.

Tenemos que ser conscientes que vivimos en un mundo androcéntrico, que no toma en cuenta y no responde a las necesidades e intereses de las mujeres, cambiar este mundo en el que vivimos es tarea de todos, empezando por la casa, el remedio para las actuales y futuras formas y motivos de la discriminación es la educación de calidad para todos, incluyendo porque no en las escuelas, colegios y sobre todos en las universidades, que es donde se forman los profesionales, cátedras de género, que nos hagan mirar un poco más allá de la realidad, y cuestionarnos sobre las preguntas desconcertantes de la vida, en lo referente al género, razón por la cual, debemos tratar a nuestras hijas e hijos por igual. Con la eliminación de toda forma de discriminación, en nuestro caso, en razón del género, se logra el fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

Por último las *affirmative actions* no son la panacea para lograr la igualdad material; sin embargo, aún el pensamiento humano no ha diseñado otra herramienta que persiga el mismo objetivo, de ahí que su implementación sí puede ayudar a crear sociedades más equitativas y justas, es por ello, que es perfectamente necesario la adopción de las acciones afirmativas a favor de las mujeres en nuestro país, hasta cuando se logre una equiparación entre los dos géneros en la colectividad.

BIBLIOGRAFÍA

- AÑON María José. “Igualdad, diferencias y desigualdades”. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México D. F.-México. Editorial Fontanamara. 2001. Primera Edición.
- ATIENZA Manuel. El Sentido del Derecho. Editorial Ariel. Barcelona España. 2001. Primera Edición.
- (a) ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro. Necoconstitucionalismo y sociedad. Quito-Ecuador. Imprenta V&M Gráficas, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. Primera Edición.
- (b) ÁVILA SANTAMARIA, Ramiro. GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. DALMAU MARTÍNEZ, Rubén. Desafíos Constitucionales: La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Quito-Ecuador. Imprenta V&M Gráficas. 2008. Primera edición.
- (c) ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro. La Constitución de 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Quito-Ecuador. Imprenta V & M Gráficas. 2008. Primera edición.
- ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro, SALGADO Judith y VALLADARES Lola. El género en el derecho: Ensayos críticos. Quito-Ecuador. Imprenta V & M Gráficas, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Diciembre 2009. Primera Edición.
- ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro. El derecho de la naturaleza: fundamentos. Material entregado en la presente Especialidad en Derecho Constitucional. Cuenca septiembre 2010. [s. a.].
- BARBIERI GARCÍA Teresita. Acciones afirmativas: antecedentes, definición y significados: aportes para la participación de las mujeres en los espacios de poder. En Memorias del Foro Mujeres y Política. Brasilia-Brasil. Instituto Nacional de las Mujeres. 2002. Primera Edición.

- BERMÚDEZ VALDIVIA Violeta. Hacia la Igualdad de Género en el sistema de justicia. Lima Perú. DEMUS (Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer. 2009. Primera Edición.

- BERNAL PULIDO Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá-Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2008. Quinta Edición.

- CAICEDO TAPIA Danilo y PORRAS VELASCO Angélica. Igualdad y no discriminación. Quito-Ecuador. Imprenta V & M Gráficas, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2010. Primera Edición.

- CARBONELL Miguel. Los derechos fundamentales en México. México D. F.-México. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Serie Doctrina Jurídica Núm. 185. 2004. Primera Edición.

- CARBONELL Miguel. Igualdad y libertad. México D. F.-México. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. 2007. Primera Edición.

- CARMONA CUENCA Encarna. El principio de igualdad material en la Constitución Europea. Madrid-España. Revista de Estudios Políticos. Núm. 84. 2004. Primera Edición.

- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA Pedro. Estudios de Derecho Comparado. Quito-Ecuador. Universidad de Cuenca, PUDELECO Editores S. A. 1997. Primera Edición.

- FLORES GIMÉNEZ Fernando. Género y Derecho Constitucional. Quito-Ecuador. Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Núm. 2. Corporación Editora Nacional. 2003. Primera Edición.

- GALÁN SÁNCHEZ Fabio y LUNA CIJANES Juan. La acción afirmativa como desarrollo del principio de igualdad. Bogotá-Colombia. Tesis de Grado previa la obtención del título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana. 2000.

- GAVIRIA DÍAZ Carlos. Sentencias: Herejías Constitucionales. Bogotá-Colombia. Fondo de Cultura Económica Colombia. 2002. Primera Edición.

- HERMIDA JORGE Hernando. Acciones afirmativas e inclusión educacional en Brasil. Buenos Aires-Argentina. CLACSO, Editora Gráficos y Servicios. 2006. Primera Edición.

- JUÁREZ Mario Santiago. Igualdad y acciones afirmativas. México D. F.-México. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Consejo Nacional para prevenir la discriminación. 2007. Primera Edición.

- PÉREZ LUÑO Antonio Enrique. Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica. Madrid-España. Tecnos Editorial. 1997. Primera Edición.

- PÉREZ ROYO Javier. Curso de Derecho Constitucional. Barcelona-España. Editorial Marcial Pons. 2002. Octava Edición.

- PRIETO SANCHÍS Luis. El juicio de ponderación constitucional. En: El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Miguel Carbonell (Editor). Quito-Ecuador. Imprenta V & M Gráficas, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Diciembre 2008. Primera Edición.

- SALGADO Judith. Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador. En: La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones; Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores). Quito-Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional. 2009. Primera Edición.

- SEGATO Rita. Racismo, discriminación y acciones afirmativas: herramientas conceptuales. En: Educar en ciudadanía intercultural, Juan Ansion y Fidel Tubino (Editores). Lima-Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007. Primera Edición.

- VELÁSQUEZ TURBAY Camilo. Derecho Constitucional. Bogotá-Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2004. Tercera Edición.

LEGISGRAFÍA

Legislación Nacional

- Constitución ecuatoriana de 1998.
- Constitución ecuatoriana del 2008.
- Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.
- Ley Orgánica de Servicio Público.
- Código Civil
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código del Trabajo.
- Código Penal.

Legislación Internacional

- Constitución Colombiana de 1991.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW).

Sentencias Examinadas

- Sentencia No. 002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador.
- Sentencia No. 0002-10-SIN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador.
- Sentencia C-371/00 de la Corte Constitucional colombiana.
- Sentencia C-410 de 1994 de la Corte Constitucional colombiana.

LINKOGRAFÍA

Http: www.inec.gov.ec/estadisticas. Fecha de consulta: 01 de octubre de 2011.

Http://buscon.rae.es/draeI/. Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2011.

OTERO GARCÍA Castrillón. Igualdad, Género y medidas de acción positiva en la política social comunitaria. Disponible en <http://www.ucm.es/eprints>. Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2011.

TORRES-PARODI Cristina. Acciones afirmativas para lograr la equidad de salud para los grupos étnicos/raciales. Organización Panamericana de la Salud. Disponible en <http://www.ops.org>. Fecha de visita: 10 de octubre de 2011.

Http: www.asambleanacional.gov.ec; Fecha de consulta: 01 de octubre de 2011.

Http: www.corteconstitucional.gov.co. Sentencia C-371/00 de la Corte Constitucional colombiana. Fecha de visita: 11 de octubre de 2011.

Http: www.corteconstitucional.gov.ec. Sentencia No. 002-10-SIN-CC. Fecha de consulta: 25 de octubre de 2011.

Http: www.corteconstitucional.gov.ec. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. Fecha de consulta: 27 de octubre de 2011.

Http://www.radiomajaguabo.icrt.cu/en/news/35-internacionales/1507-ecuador-califican-de-demagogico-debate-sobre-jubilacion-femenina-.html. Fecha de visita: 04 de noviembre de 2011.