

COMENTARIOS AL PROYECTO

DE LEY DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES  
Y PERSONAS DE DIVERSA CONDICIÓN  
SEXO-GENÉRICA

**COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y PERSONAS  
DE DIVERSA CONDICIÓN SEXO - GENÉRICA**

**Presidenta Comisión de Transición**

Ana Lucía Herrera

**Autoras:** Roxana Arroyo

Julia Sevilla

María del Mar Esquembre

**Autor:** Juan Montaña

**Edición:** Roxana Arroyo y Juan Montaña

**Diseño de portada:** Nela Meriguet Martínez

**Diagramación e impresión:** Manthra Editores

**Tiraje:** 1000

Primera Edición

Quito, diciembre 2011

**Derechos de Autor:** 037550

**ISBN:** 978-9942-07-194-1

**COMISIÓN DE TRANSICIÓN HACIA EL CONSEJO DE LAS MUJERES  
Y LA IGUALDAD DE GÉNERO**

Pasaje Donoso N 32-33 y Whymper

Teléfonos: 2561472- 2561446

comisiondetransicion@comisiondetransicion.gob.ec

Quito- Ecuador

**AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN  
INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO - AECID**

Av. 6 de Diciembre N33-24 y Bossano

Edificio Titanium – Piso 10

Teléfonos: 3333704 – 37023703

otc@aecid.ec

## Tabla de Contenido

<b>I. Introducción</b>	<b>25</b>
<b>II. El Estado ecuatoriano como democracia constitucional</b>	<b>38</b>
A. El Estado constitucional de los derechos y sus elementos	38
B. El tránsito del Estado de Derecho al Estado de los Derechos	44
C. Los derechos como fines y límites de la acción estatal	45
<b>III. Lo que conviene saber sobre los principios generales de aplicación de los derechos: la importancia del artículo 11 de la Constitución</b>	<b>48</b>
A. ¿Qué son y para qué sirven los principios?	48
B. Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución de 2008: el artículo 11 constitucional	48
1. Titularidad de los derechos	49
2. Los derechos y las garantías son directamente aplicables	50
3. Todo derecho es justiciable	51
4. Prohibición de restricción normativa	52
5. Aplicación e interpretación más favorable a la eficacia de los derechos	54
6. Indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de los derechos	55
7. Progresividad y prohibición de regresividad de los derechos	57
8. Responsabilidad del Estado frente a la eficacia real de los derechos	57
<b>IV. El camino de la igualdad de la Constitución a la ley</b>	<b>59</b>
A. Sobre la naturaleza y finalidad de la ley de igualdad	59
1. Algunos datos acerca de la naturaleza jurídica de la ley de igualdad	59
2. Sobre la finalidad de la ley de igualdad	59

3.	Algunas consideraciones sobre el objeto de la ley	63
4.	Ámbito de aplicación	66
5.	Contexto normativo	67
B.	Algunas cosas que debiéramos saber sobre el principio de igualdad.	69
1.	La justificación doctrinal de la igualdad	69
2.	Igualdad formal o igualdad de todas las personas ante la ley	73
3.	Igualdad material, real o de oportunidades	73
4.	La igualdad en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)	75
5.	Una lectura desde la CEDAW y Belén do Para	76
6.	La igualdad en la Constitución ecuatoriana de 2008	80
<b>V.</b>	<b>La otra cara de la medalla: el principio de no discriminación</b>	<b>84</b>
A.	Los distintos significados (interpretaciones) de la prohibición de discriminación	84
B.	Las dimensiones de la discriminación	86
1.	Prohibición de discriminaciones directas e indirectas	86
2.	Las respuestas jurisprudenciales en relación con la discriminación desde la CIDH	87
3.	Las respuestas normativas desde el paradigma de la igualdad: las acciones positivas	91
4.	Las diferencias y semejanzas entre acción positiva y discriminación inversa	93
5.	La recomendación 25 del Comité de la CEDAW	97
<b>VI.</b>	<b>El principio de transversalidad de género y sus implicaciones en la acción y estructura del Estado</b>	<b>99</b>
A.	¿Qué significa que una política tenga visión de género?	99

B.	¿Qué es el mainstreaming de género?	101
1.	Un cambio en el concepto de igualdad de género, más amplio del existente	102
2.	La incorporación de la perspectiva de género en la agenda política dominante	103
3.	La inclusión y la participación de las mujeres en instituciones y procesos de toma de decisiones	104
4.	La prioridad dada a las políticas de igualdad de género y a las que tienen especial relevancia para las mujeres (como, por ejemplo, las políticas social y familiar), con el objetivo de conseguir la igualdad sustancial	105
5.	Un cambio en las estructuras (y culturas) institucional y organizativa	105
C.	El contenido mínimo de la transversalidad en el sistema interamericano	111
D.	El contenido del principio de transversalidad en el contexto ecuatoriano	113
1.	El contexto normativo	113
2.	La prioridad de la política de género en la agenda pública del Estado ecuatoriano: el artículo 36 del proyecto de ley de igualdad	114
3.	El principio de paridad como elemento de la realización efectiva de la “Constitución democrática”	115
<b>VII.</b>	<b>El sistema de garantías constitucionales a la igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica</b>	<b>119</b>
A.	Algunas consideraciones generales sobre el sistema de garantías constitucionales	119
1.	Los tipos de garantía en la Constitución del Ecuador	120
a.	Las garantías normativas	121
b.	Las garantías institucionales o extrajudiciales	122
c.	Las garantías de políticas públicas	126
d.	Las garantías jurisdiccionales	128

B. El sistema de garantías constitucionales aplicado el proyecto de ley de igualdad	130
1. La aplicación del mecanismo de garantías normativas en aras a la igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica	130
2. Las políticas públicas de igualdad	132
3. La adecuación de las garantías jurisdiccionales de los derechos a los requerimientos de la igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica	133
<b>VIII. Bibliografía de referencia</b>	<b>135</b>
<b>Aspectos doctrinarios</b>	<b>139</b>

## PRÓLOGOS

¡Igualdad! Entre hombres y mujeres, mestizos, indígenas, mulatos, nacionales y extranjeros; ser tratados iguales, tener oportunidades, ejercer nuestros derechos es una de las demandas que ha movido la historia. En el caso de la igualdad entre hombres y mujeres, el Ecuador ha sido ejemplar en sus conquistas formales. Matilde Hidalgo y sus luchas individuales convirtieron al Ecuador en país pionero en el reconocimiento de algunos derechos para las mujeres, ciertos sectores liberales también hicieron su parte. La Constitución de Montecristi es otro ejemplo de conquistas en la agenda de la igualdad y la diversidad; pero hoy, como en tiempos de Alfaro o como en tiempos de Matilde Hidalgo, seguimos comprobando que estas declaraciones son importantes pero no suficientes. Las niñas y las mujeres en el Ecuador siguen siendo víctimas de violencia y discriminación pública y privadamente. Las oportunidades laborales, la diferencia salarial, las horas de trabajo no remunerado y no reconocido, las causas de ocupación hospitalaria, nos muestran que estamos lejos de vivir en un Ecuador en donde las niñas y las mujeres tengan el pleno ejercicio de sus derechos. Lo mismo, con datos más graves sobre discriminación y prejuicios, podemos decir sobre los derechos de las personas de diversa condición sexo genérica. Por eso la demanda de igualdad sigue vigente, hace parte del debate actual, y debe construirse en lo cultural y también en las herramientas legislativas.

La iniciativa de aprobar en el Ecuador una ley de igualdad tiene ya más de una década. En muchos países este tipo de leyes contienen normas que inciden o reforman otros cuerpos legales para incorporar disposiciones que permitan igualdad real entre hombres y mujeres. Nuestra tradición ha sido un poco distinta: se incorporaron cuotas laborales en el sector público, se reformó la Ley de Elecciones para tratar de asegurar la participación política de las mujeres,

se contempló el derecho a la salud especializada y el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos en la Ley de Maternidad Gratuita, se aprobó una Ley de Violencia contra la Mujer y la Familia, con mecanismos específicos y entidades dedicadas a combatir este tipo de violencia. En fin, la discusión de una ley de igualdad en nuestro país no parte de cero; sin embargo, con el camino recorrido, podemos identificar todo lo que queda por hacer.

Ese es el origen de esta publicación: debemos cumplir el mandato constitucional de legislar sobre la igualdad, pero nuestro deber como sociedad es ir más allá. Por eso es tan importante esta iniciativa de la Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, pues no solo ha elaborado el proyecto de ley que era parte de su mandato, sino que han trabajado en una herramienta para el debate informado y activo de la sociedad sobre el tema.

Esta publicación de comentarios al proyecto de ley de igualdad entre mujeres y hombres y personas de diversa condición sexo genérica es una clara invitación al debate informado, ya que pone al proyecto de ley en el contexto de una Constitución garantista de derechos, y logra que los temas de la agenda de las mujeres y la diversidad estén presentes a lo largo de todo su texto.

Desde algunos sectores se ha cuestionado si este proyecto debía incorporar o no los temas de igualdad de las personas de diversa condición sexo genérica; personalmente creo que sí, puesto que la gran conquista del feminismo y su aporte a la democracia fue el cuestionamiento del modelo ideal de la modernidad: hombre, adulto, blanco, monoteísta, racional, heterosexual. La lucha ha sido la del respeto a la diversidad, a la diferencia, en contra de la exclusión de cualquier tipo. Por eso, porque las mujeres sabemos que el poder y su ejercicio se han justificado por siglos en los estereotipos sobre lo biológico, es que tiene sentido debatir el alcance de la igualdad y no discriminación que manda la Constitución y desarrolla esta ley.



Otro gran debate en la sociedad civil y también en diversos estamentos públicos se refiere a la institucionalidad responsable de las políticas de igualdad. No es un debate menor, ya que de las decisiones sobre la futura conformación de este Consejo de Igualdad dependerá la efectividad de las políticas públicas, su implementación y evaluación.

Finalmente, la publicación incluye jurisprudencia del Sistema de Naciones Unidas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Europeo, los dos primeros de cumplimiento obligatorio para el Estado ecuatoriano. Ello nos permite recordar los estándares mínimos a los que nuestro Estado está obligado y que deberán ser incorporados en cualquier proyecto de ley.

Esta publicación será vital para nuestro debate y por eso, desde el Grupo Parlamentario por los Derechos de las Mujeres hemos aplaudido y participado en esta iniciativa. La Comisión de Transición pone en nuestras manos y las de las y los ciudadanos vinculados con este debate, la herramienta adecuada para revisar el proyecto, debatirlo, reformarlo, defenderlo o no. Tenemos el desafío de aprobar una ley que regule los mecanismos para lograr la igualdad, y también la obligación de salir fortalecidas de este proceso, que debe ser un pretexto más para el diálogo y la articulación de los sectores organizados y su vinculación en la toma de decisiones. Desde la Asamblea Nacional reconocemos el trabajo realizado por la comisión y confirmamos nuestro compromiso de debatir a profundidad este proyecto y las herramientas legales para lograrla.

María Paula Romo

**Grupo Parlamentario por los Derechos Humanos de las Mujeres**



PRÓLOGO DE AECID A LA PUBLICACIÓN DEL TEXTO - COMENTARIO AL ANTEPROYECTO DE LEY DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y PERSONAS DE DIVERSA CONDICIÓN SEXO GENÉRICA (APOYO DE AECID A LA COMISION DE TRANSICIÓN AL CONSEJO DE LAS MUEJRES Y LA IQUALDAD DE GÉNERO Y AL GRUPO PARLAMENTARIO POR LOS DERECHOS DE LAS MUJERES, A TRAVÉS DE UNA ASISTENCIA TÉCNICA)

El desarrollo y avance de una sociedad depende en gran medida del grado de igualdad formal y real de todos sus miembros en los diferentes ámbitos de la vida pública y privada. La Constitución Ecuatoriana del año 2008 y el Plan Nacional del Buen Vivir reflejan claramente esta preocupación e interés por luchar contra la discriminación en todas sus expresiones, buscando una sociedad sostenible que tiene en cuenta las necesidades de todas y cada una de las personas.

El texto constitucional de 2008 otorga una importancia vital a la igualdad como principio y eje transversal de la acción del Estado, reconociendo la igualdad de derechos y deberes, de trato y de oportunidades, como pilares básicos de la nueva etapa constitucional del país.

Los diferentes actores sociales en el país son también cada vez más conscientes de que la desigualdad y la discriminación de género son incompatibles con la democracia y que todas las mujeres así como otras personas que por su condición sexo genérica adoptan ciertos roles sociales discriminantes tradicionalmente asignados a la mujer, se ven atrapadas en situaciones de exclusión social (pobreza, discapacidad, ruptura familiar, inmigración o prejuicios culturales y étnicos, entre otras), que afectan al pleno ejercicio de sus derechos de ciudadanía.

El *Anteproyecto de Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres y Personas de Diversa Condición Sexo Genérica* analizado en el presente documento, recoge el esfuerzo por conseguir esta igualdad formal y real entre todas las personas. Su objetivo es hacer efectivo este principio y acabar con la discriminación de género entendido este en su sentido amplio y mostrando asimismo la interdependencia entre el derecho internacional y el derecho constitucional ecuatoriano.

Con una apuesta firme por el *mainstreaming* en su sentido más amplio, este Anteproyecto de Ley apuesta por introducir progresivamente el enfoque de género en todos los ámbitos institucionales, atacando a la desigualdad estructural y abogando por acciones afirmativas que aseguren el mismo punto de partida para todas las personas en el ejercicio de sus Derechos.

Así, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo – AECID, mediante el apoyo al documento de “Comentarios al Proyecto de Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres y Personas de diversa condición Sexo Genérica” reconoce la labor y esfuerzo del Gobierno Ecuatoriano en la lucha contra la discriminación, un esfuerzo que bien conocemos en España donde desde 2007 se cuenta con la *Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y el Plan de Igualdad de Oportunidades 2008-2011*. Nuestra experiencia nos dice que en el ámbito de la Igualdad de Género aún queda mucho trabajo por hacer.

José Luis Pimentel  
Coordinador de la Cooperación Española en Ecuador

CONTEXTO DEL ANTEPROYECTO DE LEY<sup>1</sup>

LA IGUALDAD REAL ENTRE MUJERES Y HOMBRES  
Y PERSONAS DE DIVERSIDAD SEXO GENÉRICA

IMPORTANCIA, ELEMENTOS, PERSPECTIVAS<sup>2</sup>

En este tiempo en que la Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género ha tenido como centro del debate y de su acción la construcción de una propuesta de Ley de Igualdad, sería imposible escribir una presentación a este texto sin referirse a la dimensión política que la construcción de la igualdad implica y genera, simplemente porque una ley es expresión de voluntad política, que nace tanto de la exigibilidad social como de quienes están en ejercicio del poder.

---

1 El texto del anteproyecto de la Ley de igualdad entre mujeres y hombres y persona de diversa condición sexo genérica, fue presentado por la Comisión de Transición a la Asamblea en noviembre de 2010, con la firma de veintidós asambleístas. Pasó a trámite en el Consejo de Administración Legislativa, donde duerme el sueño de los justos.

2 El texto se editó sobre la base de la ponencia presentada por Ana Lucía Herrera, presidenta de la Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, en el evento público en honor al 8 de marzo, organizado por el grupo parlamentario por los derechos humanos de las mujeres de la Asamblea Nacional, en Quito, el 10 marzo de 2011.

De la mano del avance de los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres, cuya máxima expresión es la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)<sup>3</sup>, se desarrolla en el mundo legislación o normativa diversa sobre la igualdad. Se trata de leyes que responden tanto a la incansable denuncia posicionada por las propias mujeres respecto del carácter incompleto y discriminatorio de los marcos constitucionales y leyes secundarias como a la decisión de los Estados de encarar a las discriminaciones de género como condición de la democracia. La legislación sobre igualdad nos remite a leyes que complementan la normativa interna, desatando procesos de implementación de los marcos internacionales de derechos humanos de las mujeres en el ámbito nacional.

### Lo político de lo jurídico

La crítica constante y el activismo vindicativo<sup>4</sup> de los derechos de las mujeres se expresa desde tiempos de la Ilustración, en los que el feminismo surge como la más grande y profunda corrección al primitivo democratismo. No como un discurso de la excelencia, sino como un discurso de la igualdad que articula la polémica en torno a esta categoría política (Valcárcel, 2008: 59). Una primera ola se deja sentir y se instala en el mundo público en aquellos tiempos del sufragismo (finales siglo XIX, principios del XX) con la vindicación del derecho a la participación política para las mujeres, una lucha histórica que juntó a las mujeres en su diversidad de clase, etnia, filiación política, e ideología. Ser mujer se constituía en un sujeto de derechos que sumaba desigualdades y exclusiones.

---

3 La Convención sobre todas las formas de discriminación hacia la mujer CEDAW (por sus siglas en inglés) es la convención “madre” que contiene el núcleo de derechos humanos hacia la garantía real de la igualdad y no discriminación para la mitad de la población del planeta.

4 Vindicación en el sentido más histórico propuesto por Mary Wollstonecraft, 1792.

La crítica feminista al Derecho parte de la evaluación de este como una de las expresiones más puras del sistema de dominación masculino, por tanto, un producto cultural y político que institucionaliza relaciones de poder y que en su normativa jurisprudencia refleja todas las formas de discriminación de las mujeres, sacralizando el carácter subalterno de lo femenino frente a lo masculino. Se trata de un entramado de normas y procedimientos que conforman el derecho positivo como producto que, desde la época de la codificación napoleónica, se ha ido perfeccionando y se expresa fundamentalmente en el derecho civil y penal, ambos con raigambre en el derecho romano y su sustancia patriarcal. La crítica feminista al derecho, ubica este ámbito de construcción de sentidos y regulaciones legales para la vida en sociedad, como un territorio en disputa pues en él se cuestiona las fibras más sensibles del paradigma patriarcal: la estructura familiar heterosexual, la propiedad privada y la tradición cultural.

En esta misma línea de disputa del Derecho, en las dos últimas décadas ha tomado fuerza la construcción de leyes de igualdad que reflejan el desarrollo doctrinario del principio de igualdad y la aplicabilidad del derecho a la igualdad y no discriminación. En efecto, en esos años (1990- 2010) se dictan 9 leyes de igualdad en América Latina y una más en España a la que se suman las respectivas de las Comunidades Autónomas. Todas son leyes inspiradas y redactadas a la luz de la CEDAW que, expresamente en el artículo 2, exige a los Estados Partes implementar el principio de igualdad en sus marcos constitucionales así como en leyes internas sobre la materia.

En dos décadas, las leyes aprobadas en Iberoamérica han aportado al desarrollo doctrinal jurídico, filosófico y político del principio de igualdad que, en los hechos, ha tenido enormes dificultades y limitaciones para su aplicación. Del reconocimiento a la práctica de la igualdad real median estructuras, instituciones, prácticas, mitos y estéticas profundamente discriminatorias para las mujeres. Las brechas entre géneros, como construcciones culturales y sociales que expresan relaciones desiguales e inequitativas de poder: ¡se hacen eternas!, parecen imposibles de subvertir.

En el país en esos tiempos se optó desde la gestión pública, particularmente desde el mecanismo de género (Consejo Nacional de las Mujeres, CONAMU), por construir agendas de igualdad o planes de igualdad de oportunidades (PIOS) evaluados, en ese momento, como medios apropiados y, sobre todo, políticamente viables en la coyuntura. Esas herramientas de gestión de la política pública se logran en un contexto permeado por la histórica miopía del Estado ecuatoriano respecto de las consecuencias concretas que produce en la reproducción económica y social, la diferencia sexual. Sí, nos referimos a esa diferencia que parece tan obvia pero que, sin embargo, resulta tan resistida porque asumirla como base de la discriminación de las mujeres trastoca las estructuras de poder sexo genérico.<sup>5</sup>

En efecto, las agendas y planes de igualdad de oportunidades fueron expresiones de política pública que se construyeron desde un posicionamiento garantista de los derechos de las mujeres, inspirado y acompañado por una cada vez más potente agenda internacional. En el país, el camino de agendas y planes de igualdad de oportunidades fueron medios en general útiles pero poco efectivos para interlocutar con el poder.

## Lo político de la política

De la mano del gobierno de Rafael Correa y su apuesta por un nuevo pacto constitucional se abrieron otras posibilidades para la agenda política de las mujeres incluyendo el desarrollo de la igualdad como principio fundante enriquecido, a través de los siglos, con los matices aportados por la diferencia de los sujetos y su diversa condición sexo genérica, étnica, etaria. Así, la Constitución 2008 expresa

---

5 Marta Lamas, feminista mexicana, sostiene que “Si la diferencia sexual dificulta o confiere posibilidad de ejercer ciudadanía en forma dispar a hombres y mujeres, hay que reflexionar, debatir y hablar sobre la diferencia sexual mucho más de lo que se está haciendo actualmente”, precisamente para volver a la centralidad de esa diferencia que resulta básica pues sustenta la discriminación sexo genérica.



de forma más intencionada el reconocimiento de los derechos como articuladores de un nuevo pacto social que, a fin de cuentas, es la razón última de toda Constitución. En este marco, expresamente se crea la institucionalidad responsable de garantizar la igualdad de condiciones, respecto de “temáticas” específicas entre las que se incluye de forma ambigua la categoría género (Constitución 2008, artículo 156). Estas instancias que se deben conformar legalmente como Consejos de Igualdad actualmente tienen un funcionamiento experimental, como es el caso de esta Comisión de Transición, y han permitido constatar las limitaciones institucionales que potencialmente tendrán para cumplir a cabalidad con la función constitucional asignada.

En efecto, se muestran como instancias incompletas para alcanzar a ser “órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de derechos humanos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, si no se implementan en su estructura y competencias como parte de un verdadero sistema de garantía de derechos. Consecuente con esta mirada, la propuesta del anteproyecto de ley, materia de esta publicación, propone en la parte orgánica Consejos de Igualdad con esa relación sistémica dentro de la estructura del Estado. La propuesta es viable, tiene sustento en el propio andamiaje constitucional, sin embargo, políticamente no ha encontrado eco en la autoridad responsable de la implementación de los Consejos de Igualdad, léase Ministerio de Coordinación Política y, por supuesto, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), fundamentalmente.

En este contexto, si a la Comisión de Transición se le dio como mandato<sup>6</sup> proponer una estructura y marco legal para el futuro Consejo de las Mujeres para la Igualdad de Género, podía haberse construido y redactado una propuesta legal de cualquier tipo. Sin embargo y, como reflejo del posicionamiento feminista de la Comisión, ese mandato se concibió y desarrolló una propuesta de ley de igualdad, teniendo

---

.....

6 Decreto Ejecutivo 1733 R.O-290, mayo 2009.

como horizonte los estándares más altos para la agenda de reivindicación de derechos de las mujeres, una perspectiva estratégica. Este carácter de la propuesta normativa fue consensuado con las mujeres que acudieron y participaron en el primer diálogo político convocado a fines de 2008 desde la Comisión de Transición.<sup>7</sup> Un acuerdo que se ha honrado, sin obviar que el proceso de construcción de una ley de esta calidad, dentro de las “entrañas” del Ejecutivo y en medio de relaciones complejas entre poderes de un Estado en refundación, ha implicado algunas vueltas en negociaciones, diálogos, idas y venidas, claros y oscuros.

Afortunadamente, colectivos feministas, mujeres activistas y colectivos de diversidades sexo genéricas se han sentido convocados. Para las feministas, por razones obvias pues, no estar en este momento en el debate sobre la igualdad, es como negar su matriz filosófico-política. Por el lado del activismo político, del denominado movimiento de mujeres, sobran razones para estar en este debate puesto que es un tema cuyo posicionamiento no puede ser dejado como tarea exclusiva del gobierno. Los espacios se deben copar, los sentidos deben ser propuestos y posicionados. ¡No hacerlo es inconsecuente para la causa histórica de las mujeres!

Para el actual mecanismo de género, constituido legalmente por decreto presidencial con un carácter transitorio, con un mandato expreso de proponer la implementación de la Constitución en lo referente a la institucionalidad y el marco legal del llamado Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género<sup>8</sup>, era y es impensable no cumplir con la redacción de una propuesta de ley que avance en el posicionamiento de la igualdad como condición *sine qua non* del *sumak kawsay* para las mujeres ecuatorianas.

Estos hechos ahora consumados expresan la forma en la que se ha asumido esta tarea, a nuestro modo de ver, estratégica. Dialogando a veces, confrontando otras

---

7 [www.comisiondetransiciondetransicion.gob.ec](http://www.comisiondetransiciondetransicion.gob.ec).

8 Constitución artículos 156 y 157.

con un entorno cristiano, occidental, patriarcal, que aún caracteriza al entorno político, social y cultural en el Ecuador, un entorno en que actuamos como feministas temporalmente ejerciendo una función pública, desde un posicionamiento incuestionable por los derechos humanos y con el máximo *affidamento*<sup>9</sup> hacia todas las mujeres y sus diversas causas.

## Lo jurídico de la política

Desde un primer esfuerzo por redactar una ley general de igualdad y no discriminación que naufragó junto a un texto legal inconcluso, fruto de un proceso liderado por el entonces equipo de reforma jurídica del Ministerio de Justicia (enero-junio de 2009) y, desde ese tiempo, enriquecido con el aporte de constitucionalistas feministas, convocadas por la Comisión de Transición, se pasó a un segundo momento de redacción de un texto de ley con centralidad en la igualdad entre hombres y mujeres y personas de diversa condición sexo genérica.

El eje se fijó en la igualdad sexo genérica como categoría que, para el caso de la propuesta de ley, se entiende como condición y/o construcción, bien sea desde la biología o/y desde la identidad. El norte está en la garantía, en el ámbito público y en el privado, de todas las condiciones para la construcción de la igualdad real con consideración y respeto de las diferencias. Un conjunto normativo que mande, prohíba o permita, con la legitimidad que da la ley, en función de asegurar el ejercicio de derechos para las mujeres, una obligatoriedad que se expresa entre otras dimensiones en mandatos para alcanzar la redistribución de recursos materiales,

---

9 *Affidamento* llaman las feministas italianas de la diferencia, a una práctica de confianza y cuidado mutuo entre mujeres. En el patriarcado, a las mujeres, como mandato primario de obediencia al padre, se nos enseña a desconfiar de las otras, a pensar de que nuestra otra igual era nuestra peor enemiga, empezando por la propia madre, terminando por la propia hija. En: <http://laescuelajuvenil-feminista.blogspot.com/2008/08/affidamento.htm>

simbólicos y el poder para las mujeres. Se propone una ley de igualdad que dé coherencia y sostenibilidad a la acción del poder público, que específicamente dé orientaciones sobre los alcances y aplicaciones del principio de igualdad, que genere mecanismos de aplicación exigibles, que establezca ámbitos y responsabilidades, así como la reparación de este derecho cuando es violado individual o colectivamente.

Según palabras de Roxana Arroyo, coordinadora del grupo redactor del ahora anteproyecto de ley, es una propuesta que tiene un anclaje en las demandas históricas del feminismo, que conjuga en sí lo mejor de otras leyes y pretende una expansión del principio de igualdad, tomando como piso y punto de partida el marco de los derechos humanos y el espíritu del neoconstitucionalismo. Es una propuesta legal que recrea el sujeto garantizado–protegido: mujer, con conceptos emergentes, como el que refiere a la “diversa condición sexo genérica”,<sup>10</sup> construcción que incluye las reflexiones y cuestionamiento binarios del género como construcción identitaria y/o biológica, y expande a otros sujetos la tutela del principio de igualdad.

Es una ley que no es una declaración de principios, aunque se fundamente en principios y derechos, pues desarrolla garantías normativas y establece la debida diligencia del Estado en todo su quehacer, transvesalizando el principio de igualdad y obligando al cumplimiento a los actores e instituciones. Además, crea o refuerza los mecanismos para la garantía de la igualdad (como políticas públicas) y establece como norma, no como excepción, las medidas especiales de carácter temporal.

---

10 Un concepto en Ecuador trabajado en la teoría y la práctica por la corriente transfeminista: corriente del feminismo que rebasa el binario de género; es decir, la presunción de que existen hombres y mujeres únicamente. Por lo tanto, en lugar de situar a las relaciones patriarcales entre dos identidades de género abstractas –hombre(s) y mujer(es), la sitúa en los lugares sociales del femenino, independientemente de la condición sexo – genérica de las personas y los colectivos concretos sobre los que recaen las situaciones, estructuras y dispositivos patriarcales. (Vásquez y Almeida, 2010).

Asimismo, es una propuesta que articula la institucionalidad creada constitucionalmente, especificando el funcionamiento del sistema de garantía de derechos, ubicando a los Consejos de Igualdad como parte de este engranaje, al margen del cual perderían eficacia en el cumplimiento de su mandato constitucional. A decir de la profesora Arroyo, se establece como consecuencia la tutela judicial por violación a la igualdad como un derecho humano y la posible reparación. La propuesta avanza hacia una obligatoriedad material de la igualdad exigida tanto para el Estado como para individuos o colectivos de la sociedad civil.

Afirmamos que se constituye en una de las leyes de avanzada en el país que implementa un principio fundante de la Constitución, como ninguna otra de las leyes hasta ahora discutidas y aprobadas por la Asamblea Legislativa. Sin embargo, ha estado -y continua estando- represada en el CAL, no ha entrado en la agenda de debates, y hay sectores de gobierno a quienes la ley les incomoda. Otra vez volvemos a la voluntad política expresada en acciones u omisiones.

### ¡EL FUTURO ES AHORA!

Y en este punto nos encontramos. El producto es satisfactorio en sí mismo y aun más por su potencia política pues, una ley de esta naturaleza, propone otro y más alto estándar para la agenda del movimiento de mujeres y feminista en el país. La ley o el debate sobre la ley permitirían, sin ninguna duda, un examen crítico del estado de la democracia en el país. Invita a un ejercicio ciudadano que exige de la democracia un debate inclusivo y la superación del miedo profundo al otro, al diferente. Que en toda la tierra las mujeres bullen quiere decir que casi ninguna está haciendo lo mismo que sus madres o sus abuelas; que su vida está cambiando. Pero justo por eso, debe preocuparnos hacia dónde (Valcárcel, 2008: 11).

Por todos estos aspectos, nos es grato entregar este texto que desarrolla un estudio doctrinal del anteproyecto de ley de igualdad, como constancia de la responsable

gestión que ha realizado la Comisión de Transición desde mayo de 2009, fecha de su creación, hasta ahora, noviembre de 2011, en que se imprime este libro de estudio.

El equipo responsable de la redacción de este texto ha estado conformado por Roxana Arroyo Vargas, Julia Sevilla, María del Mar Esquembre y Juan Montaña. Este trabajo expresa sus experticias y el conocimiento de la teoría crítica del Derecho, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional. Sin embargo, también es fruto del conocimiento y esfuerzos de muchas otras personas que han aportado a la definición final de la propuesta de Ley y al debate que alimentó este estudio: Elizabeth Vásquez, Miriam Alcívar, Paulina Palacios, José Vásquez, Consuelo Bowen, Zelideck Cadena, Soledad Puente y Carolina Portaluppi. A todas las personas involucradas les agradecemos por su aporte invaluable.

Especial agradecimiento a las y los asambleístas que con claridad estratégica y compromiso político conforman el grupo parlamentario por los derechos humanos de las mujeres, que representa uno de los más loables esfuerzos de coordinación intrapartidos o movimientos del que podremos hablar –positivamente– cuando recordemos la gestión de la actual Asamblea Legislativa. Este estudio está hecho pensando en sus necesidades y en el rigor que debe sustentar sus debates legislativos.

A la Agencia Española de Cooperación, el reconocimiento porque su apoyo en todo este proceso de debate y construcción de la ley, es una muestra de la coherencia en el nivel internacional con los mandatos y prioridades del gobierno español en lo que respecta al avance de los derechos de las mujeres. Esa coherencia ha permitido realizar un trabajo respetuoso y fructífero tanto para el texto de la Ley como del estudio que tienen ahora en sus manos. Ustedes y nosotras hemos hecho realidad principios éticos que guían la cooperación entre Estados. Las mujeres ecuatorianas sabrán reconocer lo positivo de este camino recorrido conjuntamente.

Por último, reafirmamos que solo los cambios concretos dan sentido a la lucha feminista de las mujeres y es lo que, en el fondo, dará sentido a todo este esfuerzo. Nosotras seguiremos siendo irreverentemente insurgentes.

Ana Lucía Herrera

**Presidenta de la Comisión de Transición hacia el  
Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género**

Quito D.M., noviembre de 2011.





## I. INTRODUCCIÓN

Antes de realizar el análisis de cada uno de los enunciados normativos que configuran el contenido de la ley de igualdad de las mujeres, los hombres y las personas de diversa condición sexo genérica, es necesario hacer una explicación previa del contexto en el que se inscribe y opera el principio de igualdad en el ordenamiento constitucional ecuatoriano.

Siguiendo la idea de Carl Schmitt sobre la necesaria distinción entre Constitución y ley constitucional, y considerando el hecho de que la Constitución surge del acto del poder constituyente que expresa la voluntad política del pueblo, mientras que ley constitucional es el documento aprobado mediante el procedimiento establecido que contiene la Constitución,<sup>1</sup> tendríamos que precisar que en el Ecuador no

existe una sola Constitución sino varias y diversas incorporadas todas en un texto o ley constitucional. Esto por cuanto el texto constitucional debatido en Montecristi y aprobado mayoritariamente por el pueblo ecuatoriano no es, en estricto sentido, una sola Constitución, sino que en realidad son cuatro o cinco constituciones distintas o, en palabras de Schmitt, decisiones políticas fundamentales que cohabitan en un equilibrio precario en el texto aprobado por las personas ecuatorianas y que, dependiendo de las relaciones de implicación entre ellas, en el futuro van a dar un nuevo Estado y un nuevo derecho que será emancipatorio y transformador según se consoliden ciertos rasgos, o conservador y antidemocrático si se arraigan otros.<sup>2</sup>

---

1 Schmitt C., Teoría de la Constitución, Editora Nacional, México, SF, pp. 23 y sig.

---

2 Montaña J. Ensayo introductorio al libro de Boaventura de Sousa Santos, Derecho y emancipación, Centro de Estudios de la Corte Constitucional, Quito, 2011, pp. 24.

La primera Constitución o agenda constitucional es la de los derechos, la que se expresa en la decisión constituyente de incorporar las últimas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos y particularmente la constitucionalización del principio de interdependencia entre el derecho internacional y el derecho constitucional, la constitucionalización de la agenda de la igualdad como eje transversal de toda la Constitución y el ordenamiento jurídico, el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, el reconocimiento de la interdependencia de todos los derechos, la eliminación del concepto de derechos fundamentales y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, entre otros.

Una segunda Constitución o agenda constitucional puede denominarse democrática. Sus impulsores tenían y tienen como principal preocupación devolver al pueblo la titularidad y el ejercicio del poder constituyente; crear en el país una democracia participativa que a través de la complementación con la democracia representativa garantizara la contribución de todas las personas en la gestión del Estado y la participación del pueblo en la fiscalización de los poderes y funciones.

La tercera Constitución implícita en el texto constitucional de Montecristi es la agenda pluriétnica y pluricultural. Los y las defensores/as

de esta postura política, agrupados alrededor de las organizaciones indígenas, plantearon, en el texto constitucional aprobado en 2008 dos cuestiones concretas: el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado ecuatoriano, y la profundización y garantía efectiva de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas.<sup>3</sup>

La cuarta agenda constitucional que se desprende del texto constitucional de Montecristi es la desarrollista, la cual a partir de una visión anti-imperialista y nacionalista del Estado, formula la idea de recuperar la planificación pública y la reinstauración en el país de un sistema económico basado en la coexistencia de cuatro sectores de la economía y en el establecimiento de un modelo de desarrollo endógeno.

Cada una de estas constituciones está a su vez conformada en subagendas, políticas y estrategias específicas que se concretan en las políticas públicas definidas en el llamado “régimen del buen vivir”. En el caos de la llamada “Constitución de los derechos”, una agenda fundamental, quizás la más importante, es la que se estructura y gira en torno a la regulación constitucional de la igualdad, y sus derivaciones jurídicas,

3 Sobre la base de igual protección y garantía con respecto de los demás derechos constitucionales.



sociales y políticas, la cual -como se verá en su momento- constituye un breviario político en sí mismo que cohabita con otras constituciones y agendas incorporadas en el texto constitucional a través de una relación particular de casi tutela marcada por el hecho de que existe el deber ser de que “los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, deben ser tratados como iguales.”<sup>4</sup>

Los elementos fundamentales de esta “Constitución” o agenda de la igualdad se traducen en enunciados como la conversión de los derechos en el fin último de la acción del Estado; en la definición de la igualdad como un valor, principio, o eje transversal de la acción del Estado (*mainstreaming*); y se manifiesta en el plano de lo concreto en cinco expresiones específicas de igualdad reconocidas en el texto constitucional: igualdad ante la ley, igualdad de derechos y deberes de las personas, igualdad de trato e igualdad de oportunidades; así como en la constitucionalización de las estrategias para lograr esas distintas manifestaciones a través de las llamadas acciones afirmativas. Por su parte, desde el punto de vista del derecho positivo, la agenda de la igualdad se traduce en el conjunto de acciones que hacen posible encontrar

las normas (interpretaciones) correctas que resultan de la lectura sistemática de los artículos 1, 3, 11.2, 11.3, 11.6, 11.9, 26, 32, 33, 40, 43.1, 43.3, 47, 48.1, 51, 57, 58, 66.3, 66.4 y 66.5, 70, 75 y 78, 84, 85, 86, 87, 95 y 100 de la Constitución, cuyo análisis se realizará a lo largo del documento.

De este paraguas general que configura la regulación constitucional de la igualdad y que está definida por la intención del constituyente de lograr, o propender alcanzar la igualdad real o material entre todas las personas que viven o transitan por el Ecuador, la idea del constituyente definida en gran parte de la Constitución de la igualdad es la de reconocer la existencia y luchar contra cualquier forma de discriminación y marginación respecto de ciertos sujetos de derechos que, de acuerdo con los estándares internacionales, resultan intolerables desde la perspectiva de los derechos humanos.

Ahora bien, a pesar de que en términos ideales la dignidad de las personas y la consecuente pretensión de igualdad pudieran ser una, y que las manifestaciones discriminatorias atentan contra los diferentes colectivos y personas, en un ámbito que -en muchos casos- va más allá de la diferencias sexo-género, este documento y el proyecto de ley de igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica, parte de la evidencia de que históricamente

---

4 LAPORTA, Francisco: “El principio de Igualdad”, en: Revista *Sistema*, nº 67, pág. 4.

la condición de desigualdad estructural es la que existe entre mujeres y hombres y aquellas personas o grupos de personas que se han situado, han sido situadas, u obligadas a situarse en el “lugar” que históricamente cumple lo “femenino” como ocurre, por ejemplo, con las personas que ostentan una diversa condición sexo genérica. Ello no significa, sin embargo, que se trate de un documento o de una ley sectorial, dirigida exclusivamente a las mujeres. Como se darán cuenta los y las lectoras atentos/as, se trata de la formulación de una apuesta política y normativa que pretende desarrollar legalmente la decisión constituyente de vincular el enfoque de género y la interdependencia y transversalidad de derechos y de políticas como el postulado central del proyecto de sociedad ecuatoriana del futuro.

En tal virtud, estructuralmente, el documento que usted tiene en sus manos comienza con un primer epígrafe que consiste en una explicación contextual de lo que es el Estado constitucional de los derechos que defiende la Constitución y los elementos característicos que lo diferencian de otros tipos o formas de Estado anteriores, haciendo particular énfasis en la caracterización precisa del Estado ecuatoriano como Estado de los Derechos y sus consecuencias para la regulación y efectividad del principio de igualdad y no discriminación.

En un siguiente capítulo, y ya entrando en materia normativa, se explican extensamente tanto la finalidad general como el objeto de la ley. En este apartado se explica porque es importante la ley y cuál es la necesidad a la que se intenta responder que no es otra que hacer efectivo el principio de igualdad constitucionalmente establecido, pues a pesar de las formulaciones constitucionales, es evidente que en nuestro país, todavía hoy, a pesar de sustanciales avances realizados en los últimos años, las mujeres y las personas de diversa condición sexo genérica sufren una situación de inferioridad manifiesta en todos los ámbitos de la sociedad; desigualdad que afecta directamente a sus condiciones de vida y de ejercicio de los derechos constitucionales y, por tanto, al núcleo mismo del proyecto de Constitución.

Como se explica en el presente documento, la ley de igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica se vincula con la eliminación efectiva de las discriminaciones que sufren las mujeres y aquellas personas o grupos de personas que, por distintas razones, han sido situadas y se han situado en el “lugar femenino” de la relación de poder existente en el orden social heterocentrado propio de nuestro país, en todos los ámbitos de la sociedad. Pero también se enlaza con la necesidad imperiosa de operativizar en la práctica a la llamada

Constitución democrática y el modelo político participativo que propugna la Constitución, la cual parte de la necesaria incorporación de todas las personas, y particularmente de las mujeres al *demos*, aumentando sus niveles de participación y decisión en todos los ámbitos de la vida y, con ello, incrementando el aprovechamiento de sus capacidades. En ese sentido, es importante destacar que la finalidad de la ley es proyectar el concepto de igualdad propuesto por el constituyente<sup>5</sup> sobre los diferentes ámbitos de la sociedad en los que las mujeres y las personas de diversa condición sexo genérica accén y, por lo tanto, sufren discriminación.

En ese sentido, como se verá a lo largo del texto, y de los capítulos y enunciados normativos que componen la ley, en el documento se describen y explican algunos modelos de políticas incorporados a la ley de acuerdo con la dogmática del derecho antidiscriminatorio, lo que se materializa, entre otras cosas, en la obligación de transversalidad del principio de igualdad; en la inclusión de medidas de carácter preventivo para evitar posibles focos de discriminación; en el establecimiento de obligaciones concretas para las distintas funciones del Estado, de los or-

ganismos públicos y de los servidores públicos que de acuerdo con la norma deben adoptar en el ámbito de sus competencias “acciones positivas”,<sup>6</sup> entre otras.

En cuanto se refiere al objeto, la ley de igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica pretende ser, como se explicará en su momento, una especie de “código” de la igualdad entre las personas ecuatorianas, dado que sus principios y reglas se proyectan tanto es sus propias disposiciones legales como -lo que es a nuestro juicio más importante- en distintos cuerpos normativos que hacen parte del ordenamiento, que se verán afectados por su articulado. De tal suerte que a consecuencia de la adopción y puesta en vigencia de la ley se incorpore efectivamente la perspectiva de género en la ordenación general de las normas, políticas públicas y decisiones judiciales de tal forma que se cumpla el imperativo constitucional de que todas las actuaciones de todos los poderes públicos estén presididas por los criterios y las estrategias que son coherentes con dicha perspectiva.

---

5 Desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado, especialmente europeo y americano.

---

6 Es decir, aquellas medidas específicas a favor de las mujeres y de las personas de diversa condición sexo genérica, destinadas a eliminar progresivamente situaciones de desigualdad de hecho con respecto a los hombres.

Acto seguido, en un siguiente epígrafe, se hace una explicación teórica pormenorizada de los criterios generales de interpretación del principio de igualdad que contiene el proyecto de ley, a partir de la constatación de que la igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica, por mucho que sea una exigencia racional, no es ni mucho menos un hecho. A partir de la definición de unos estándares mínimos de lo que constituye el contenido esencial de este derecho, es necesario emprender acciones para inducir los cambios de índole política, económica, psicológica, sociológica e institucional que permitan que todas las personas con independencia de su condición sexo genérica se sientan iguales y se reconozcan como tales.

En ese sentido, tanto en el presente documento como en el propio texto del proyecto de ley se explica lo que significa el principio de igualdad tanto en su aspecto formal, como igualdad ante los jueces/as, como respecto al significado de la igualdad material o de resultados.

En cuanto a la primera, la igualdad formal, entendida como mera igualdad ante los jueces/as, aunque se toma en cuenta y es muy importante a la hora de garantizar el debido proceso y el corporativismo, históricamente ha demostrado ser insuficiente e incluso contraproducente a la hora de garantizar del ideal de igualdad.

Por ello, tanto en el documento como en el proyecto de ley, está contemplada pero se hace una explícita manifestación de que la igualdad debe ir más allá de la idea liberal clásica de igualdad como tratamiento idéntico para todos los seres humanos ante la ley o en la ley, y se opta por incorporar, como parte de esa definición prescriptiva de igualdad, una valoración positiva de las diferencias existentes entre las personas, la que hace parte de la propia definición de igualdad; y, en tal sentido, en la elaboración y aplicación de la ley se incorpora el concepto de eliminación de la discriminación como puente para garantizar la no arbitrariedad de los poderes públicos.

Como se verá en su momento, esta decisión del poder constituyente y de los legisladores/as secundarios implica un alejamiento radical de concepciones de igualdad, ampliamente difundidas en otras legislaciones, como la norteamericana, o la sudafricana anterior a la eliminación del apartheid, que consideran que dicho principio consiste en que solo sean tratados por igual los iguales, ya que de acuerdo con el planteamiento metodológico del que parte la definición de igualdad que incorpora la Constitución de Montecristi, todas las personas son, al mismo tiempo, iguales y distintas, según el término de comparación que utilicemos. Se trata, por tanto, de un contenido mínimo de la igualdad, que

atendiendo a los postulados del Estado Constitucional de Derecho, debe transformar la clásica igualdad formal ante la ley en un límite normativo que prohíba e impida no la introducción de desigualdades sino aquellas desigualdades que sean discriminatorias o atentatorias contra la dignidad humana.

La igualdad material, por su parte, persigue colocar a todas las personas en una situación material de igualdad y no sólo al nivel del reconocimiento formal. Como se verá a lo largo del documento, para conseguir efectivamente la igualdad real entre las personas y particularmente de mujeres, personas de diversa condición sexo genérico y hombres muchas veces se necesitara un trato desigual para lograr un resultado igual. Un ejemplo de este tipo políticas lo proveen los diversos programas de acción afirmativa que recoge la ley para nivelar las desigualdades históricas de las mujeres respecto de determinados tipos de ocupaciones o posiciones en el mercado de trabajo.

En ese sentido, la igualdad planteada en la ley y explicada en este documento tiene una doble dimensión: es al mismo tiempo un punto de partida en el sentido de que los poderes públicos deben garantizar un igual acceso a las oportunidades a través del desarrollo de un conjunto de políticas y acciones que permitan asegurar que las y los ciudadanos tengan unas condiciones

similares para el ejercicio de los derechos; y es a la vez un punto de llegada que permite evaluar si el resultado final de la acción estatal es realmente adecuado para garantizar cierta igualdad.

Sin embargo, tanto en estos comentarios como en el texto del proyecto de ley se deja claro que el empeño por lograr la igualdad real no está libre de problemas: son particularmente importantes aquellos derivados de la dificultad de encontrar el mecanismo adecuado para determinar el parámetro o estándar de igualdad material deseado. Así, por ejemplo, si se toma como parámetro de igualdad el punto de vista masculino y, en ese sentido, como reconoce el documento aunque se lograra la igualdad real, sería en términos dictados por la visión heterocentrada, lo cual terminaría en un mal casi peor que la enfermedad, porque prescribiría a través de la lucha por la igualdad el modo de ver y de sentir masculino como el único válido y posible, eliminándose el pluralismo y la diversidad.

Por ello en el proyecto de ley se plantea que ni la igualdad formal ni la material o real son de por sí suficientes para lograr un trato justo para las personas, sino que hay que tener en cuenta y valorar positivamente las diferencias. De acuerdo con el proyecto de ley, muchas veces el trato justo requiere que se trate a cada cual según sus particulares circunstancias y, en esos casos, más que la igualdad se debe buscar la real equidad,

porque no se trata de “igualar” a nadie, sino de garantizar el trato que las condiciones particulares de cada quien requieran para satisfacer sus necesidades singulares o atender sus reclamos especiales. El trato igual implica tomar en cuenta las diferencias, las experiencias particulares, el contexto social de las relaciones y las condiciones de existencia de cada cual. Esto significa que para lograr la igualdad en esos términos, en algunos casos, bastará con garantizar la igualdad formal, y en otros se requerirán soluciones basadas en la búsqueda de la igualdad real, de tal manera que -como aparece claramente desarrollado en el texto del proyecto de ley- la igualdad planteada y buscada a través de la acción del Estado no puede descontextualizarse de las estructuras políticas, económicas y sociales, así como de género que han hecho que hombres, mujeres y personas de diversa condición sexo genérica vivamos en condiciones muy distintas.

En definitiva, como se explica a lo largo del documento, pero especialmente en el capítulo relacionado con los principios de aplicación, el proyecto de ley de igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica, apoyándose en las decisiones del constituyente, involucra un tratamiento integral al problema filosófico y jurídico de la igualdad que vincula tanto la igualdad formal, la igualdad material o de resultados, y la búsqueda

permanente de la justicia con el único límite de prohibir las desigualdades discriminatorias, de tal manera que la desigualdad en sí misma no deje de existir, sino que en el caso de que exista ha de ser razonada con arreglo a determinados juicios de valor, relativos a la eficacia real de la dignidad de las personas, en lo que se ha dado en llamar constitucionalismo de la igualdad, propiciado por la opción de un nuevo modelo de Estado surgido del proceso constituyente de Montecristi.

Un siguiente epígrafe del documento se ocupa de analizar los distintos aspectos y potencialidades del principio de no discriminación. En este apartado se intenta encontrar, a partir del enunciado normativo propuesto en el artículo 6 del proyecto de ley una definición procedimental y operativa de discriminación que sirva para reflejar tanto el estándar internacional como la realidad ecuatoriana.

Para ello, en el documento se abordan las distintas acepciones del concepto de no discriminación conocidas históricamente: desde aquella clásica liberal que entiende como discriminatorio cualquier trato diferente, pasando por aquella que entiende a la prohibición de discriminación como un mandato de igualación para terminar en la definición defendida entre otros



autores por Boaventura de Sousa Santos<sup>7</sup> que no ve el problema tanto en el trato desigual, cuanto en el beneficio o perjuicio que genera ese trato desigual. En ese sentido, para el proyecto de ley, discriminar no es solo tratar desigualmente a una persona sino que ese trato resulte perjudicial para ella individualmente considerada o atendiendo a su pertenencia a un grupo determinado.

En el texto se examina, además, el problema de la discriminación o desigualdad estructural entendida como aquella que se produce y se percibe, aunque no existe una víctima individualizada o individualizable ni una conducta concreta imputable a alguien. En el documento se examina no solo el texto normativo propuesto en el proyecto de ley cuanto la cuestión de la dificultad para corregir y eliminar este tipo de discriminación como consecuencia de la primacía de la dimensión individual del Derecho frente al ámbito o dimensión colectiva que tiene y sus implicaciones; lo cual nos lleva a estudiar la cuestión de si es lo mismo discriminación que desigualdad y las distinciones conceptuales entre diferencia de trato y diferencia de estatus que nos remiten al paso de la lucha

inicial contra la discriminación individualizada a la búsqueda de la eliminación de la discriminación estructural.

En esta parte del documento se habla finalmente de las acciones afirmativas, aludiendo a la diferencia que existe entre este concepto como mecanismo para la eliminación de las situaciones que apuntan a la discriminación estructural, frente a conceptos supuestamente análogos que, sin embargo, reflejan un nivel de confusión teórica notable, pues existe mucha confusión terminológica y también conceptual al hablar de acciones positivas.

En ese sentido, el documento intenta examinar las principales definiciones de acción positiva o afirmativa que, en sentido estricto, se refieren a aquellas políticas que adjudican determinadas ventajas o preferencias en función explícitamente de la pertenencia a un determinado grupo definido por un cierto rasgo transparente e inmutable. Luego se examina si es posible y útil construir una definición normativa y prescriptiva de acción positiva dada su enorme amplitud. Adicionalmente, se estudia el concepto en el derecho comparado y en los sistemas universal e interamericano de DD.HH., centrandose la atención en una posible clasificación de las medidas de acción positiva en función del objetivo concreto buscado, tales como hacer compatible la vida laboral y familiar, compensar las

---

7 Ver: Santos B. *Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos*, En: *Derecho y Emancipación*, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito, 2011, pp. 147-185.

discriminaciones del pasado, el establecimiento de cuotas, o la definición normativa de la obligación de paridad entre hombres y mujeres, entre otras.

Inmediatamente después, siguiendo la concordancia del texto de ley propuesto, se analiza el *mainstreaming* o principio de transversalidad de la perspectiva de género en toda la acción del Estado ecuatoriano, sea esta normativa, generadora de políticas públicas o jurisdiccional. La idea de la que parten tanto la ley como el documento es que la igualdad integral de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica requiere superar las acciones aisladas y las medidas sectoriales, para lo cual es indispensable promocionar una política activa y visible del *mainstreaming* de género, que cobije a todas las políticas y programas, para que, antes de que se tomen las decisiones, se realice un análisis de los efectos producidos en mujeres y hombres, y personas de diversa condición sexo genérica.

El *mainstreaming* de género que plantea el proyecto de ley, siguiendo la definición doctrinal (desarrollada por un comité de expertos del Consejo de Europa) es entendido como la reorganización, la mejora, el desarrollo y la evaluación de todos los procesos políticos, sociales y jurídicos incluyendo, por supuesto, los normativos y de políticas públicas a la luz y bajo los

parámetros de una perspectiva de igualdad de género en todos los niveles institucionales y en todas las etapas.

Esta definición normativa incorpora cinco elementos que constituyen la estrategia del *mainstreaming* de género<sup>8</sup> y que serán explicados a lo largo del documento: a) un concepto más amplio de igualdad de género, b) la incorporación de la perspectiva de género en la “agenda política”<sup>9</sup> dominante, c) la participación equilibrada de las mujeres en los procesos de toma de decisiones, d) la prioridad otorgada a las políticas de género y a las que tienen especial relevancia para las mujeres y en nuestro caso las personas de diversa condición sexo genérica, y e) los cambios institucionales necesarios que afectan al proceso político, los mecanismos, y las actoras/es políticos.

En cuanto al primer elemento, tanto en el proyecto de ley como en el presente texto, se enfatiza en la necesidad de ampliar la visión y la definición de políticas de género de tal manera

---

8 Ver: Consejo de Europa, *Mainstreaming de género*, Marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas, Instituto de la Mujer – Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 1999, pp. 39 y ss.

9 Para la ciencia política, la agenda política es un término técnico que representa La lista de temas o problemas en los que centra su atención los gestores de la política pública o sus interlocutores fuera del Estado.

que se abandone la visión tradicional de entender como sinónimos el enfoque de género y los problemas de las mujeres. Esto significa tener en cuenta las relaciones complejas que existen entre mujeres y hombres, pero también entre estos y estas y las personas de diversa condición sexo genérica, así como el papel que la división sexo-género tradicional y el orden patriarcal imperante desempeñan en cuanto a las oportunidades y el estilo de vida en el Ecuador.

En relación con el segundo elemento el documento enfatiza en algo obvio pero no necesariamente asumido: es necesario que los principales elementos de la agenda política de los movimientos sociales que luchan por la igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica se transformen en la agenda pública de todas las funciones y organismos del Estado ecuatoriano, de tal suerte que los problemas de igualdad de género deberán ser tratados dentro de cada problema concreto de política pública incluido en la agenda pública, desde los temas relacionados con la seguridad interna y externa del país, a temas vinculados con la salud, la educación, transporte, acceso y condiciones de empleo, etc.

En cuanto al tercer elemento, relativo al potenciamiento de la capacidad de incidencia de las mujeres y de las personas de diversa condición sexo genérica en las decisiones políticas

relevantes del Estado ecuatoriano, el documento -siguiendo al proyecto de ley- insiste en que el objetivo central de toda la política de igualdad en materia política es hacer real y efectiva lo que hemos llamado más arriba “constitución o agenda democrática”, pero no de cualquier manera sino buscando hacer realidad, en todos los ámbitos políticos y de decisión, la llamada democracia paritaria que es la representación igual de mujeres y hombres en la toma de decisiones.

El cuarto elemento es obvio y, como queda explicitado en el presente texto, necesario para romper con el modelo patriarcal imperante en nuestro país, puesto que dada la tradicional e histórica marginación a la que han sido sometidas las mujeres y las personas de diversa condición sexo genérica, es indispensable darle prioridad en la agenda pública a la política de género, entendida en su sentido más amplio.

El último mecanismo está relacionado con la reingeniería del Estado ecuatoriano a partir de las prioridades y necesidades de igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica, y pretende ser el resultado tangible desde el lado institucional de todo el proceso. Sin embargo, como verán quienes lean el documento este es un elemento progresivo que se consolidará en el largo plazo y que, por tanto, no puede estar determinado normativamente en

una ley que pretende ser un código de la igualdad que solo define los principios y reglas orientadoras del proceso pero no sus detalles.

Siguiendo la lógica del proyecto de ley, y como una aplicación práctica del principio de transversalidad que se busca asegurar, en el siguiente capítulo se hacen algunos comentarios acerca de la primera faceta del *mainstreaming* de género que es la de las garantías normativas establecidas en la Constitución. De acuerdo con la el artículo 84 constitucional, la Asamblea Nacional y todo órgano con capacidad normativa dentro del Estado ecuatoriano tienen la obligación de adecuar las normas jurídicas a los mandatos de los derechos constitucionales. En este caso lo que plantea la ley es la adecuación progresiva de todas las leyes que afectan las condiciones de vida de las mujeres y de las personas de diversa condición sexo genérica a los estándares internacionales en materia de igualdad.

Y ello se consigue, según se verá en el documento, mediante la adopción de una “agenda legislativa” que permita generar y poner en vigencia la ley propuesta y la generación de lineamientos generales que afectan a todas las actividades públicas y privadas, y que influyen y modifican todos los sectores y todas las normas sectoriales de manera adecuada y equilibrada, lo cual -como se verá en su momento- no siempre es fácil porque se pueden afectar objetivos

relevantes e igualmente valiosos para cada ley o política sectorial afectada.

En cuanto a las políticas públicas, la ley pretende establecer un modelo o estándar mínimo de adecuación a los requerimientos de igualdad material y equidad que busca la constitución, en todos los ámbitos de la política pública, a través de la generación de lo que se denomina en la ley “políticas públicas de igualdad”, que no es otra cosa que hacer explícito -a través del texto normativo- la estrecha y especial vinculación que tiene la consecución de la igualdad con la eficacia y justiciabilidad de los derechos sociales para las mujeres y las personas de diversa condición sexo genérica. En tal virtud, el documento explica cuáles son los elementos esenciales y las medidas políticas necesarias para alcanzar la igualdad referidas a cada uno de los sistemas y subsistemas creados por la Constitución para garantizar los derechos sociales, con especial énfasis en el Sistema Nacional de Cultura, incluyendo educación superior; salud, vivienda, trabajo y comunicación.

Tomando en cuenta que la característica básica de un Estado Constitucional de Derecho, que merezca tal norma es la existencia de garantías jurisdiccionales que hagan posible el ejercicio de los derechos, el proyecto de ley de igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica aborda también el

tema de la transversalización de la agenda de igualdad en materia jurisdiccional. Para ello se plantean una serie de precisiones y modificaciones del sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos, a los requerimientos de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En ese sentido, el documento examina, a la luz de los principios del garantismo constitucional, cuáles son y el alcance de las modificaciones y precisiones que se deben hacer a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para adecuar esta ley y, particularmente, la acción de protección, la acción extraordinaria de protección y la acción de medidas cautelares a los principios que orientan la ley de igualdad.

Finalmente, el documento aborda el examen de las propuestas de reforma y articulación institucional necesarias para construir lo que la ley denomina el sistema de igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica. Esto implica explicar el texto y contexto de la Constitución en la lógica de la teoría de sistemas, así como definir los fundamentos y los márgenes del sistema nacional de igualdad, para luego describir el diseño institucional del sistema propuesto por la ley de igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica.

## II. EL ESTADO ECUATORIANO COMO DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

### A. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS Y SUS ELEMENTOS

El artículo 1 de la Constitución ecuatoriana define la forma del Estado y de gobierno: el Ecuador es un “Estado constitucional de derechos y justicia” y su forma de gobierno es republicana y descentralizada. Frente a esta definición constitucional, y desde el mismo momento de la aprobación de la Constitución, han aparecido infinidad de críticas acusando a los constituyentes de Montecristi de crear una “entelequia” redundante y sin contenido.

De acuerdo con quienes así piensan la única forma de Estado legítima es el Estado de Derecho, es decir aquella forma estatal donde el ejercicio del poder y la organización de la sociedad están regidas y limitadas por el derecho y, por tanto, donde sus autoridades están sometidas y obedecen al derecho vigente. Este concepto de Estado de Derecho, que surge con las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII, tendría su antónimo necesario en el Estado autoritario, que es aquel que se estructura bajo los conceptos de hegemonía, razón de Estado y ejercicio de la fuerza.

A pesar de que en un nivel de generalidad muy amplio, quienes así argumentan, están en lo correcto, si profundizáramos un poco en el carácter histórico y en la estructura concreta de este Estado de Derecho a lo largo de la historia, la conclusión sería relativamente diferente, aunque no contradictoria, puesto que el Estado de Derecho como producto histórico específico ha tenido una serie de variaciones y formas diversas.

Específicamente, en Occidente se han desarrollado cuatro formas estatales que obedecen a la definición general de Estado de Derecho: el Estado de Legalidad, el Estado Social de Derecho, el Estado Social de Mercado y finalmente el Estado Constitucional o Estado de los Derechos.

El Estado de legalidad es la primera forma concreta y conocida de Estado de Derecho. Por Estado legislativo se entendería un cierto tipo de comunidad política donde la voluntad política y el ejercicio del poder se expresan a través de un conjunto de normas, que pretenden ser derecho,<sup>10</sup> y que regulan íntegramente todas las

---

10 Y que tienen una serie de cualidades formales especiales.

funciones, competencias y asuntos públicos y las relaciones de los particulares con el Estado.

De acuerdo con este modelo, un Estado legislativo sería entonces, un estado *secundum legem*, un ente de normas impersonales, generales y abstractas en el que la creación y la aplicación de la ley están separados, y donde lo jurídico se confunde con lo legal, al agotarse el derecho en lo que la ley dispone y manda.<sup>11</sup> Asimismo, en este tipo de Estado, los derechos de las personas están supeditados y subordinados a la ley, a tal punto que estos solo existen en tanto y en cuanto estén reconocidos por ella.<sup>12</sup>

Según nos dice Carl Schmitt, en Europa, durante todo el siglo XIX, se produjo una confusión entre Estado de Derecho y Estado legislativo,<sup>13</sup> de tal forma lo que tradicionalmente se ha entendido como Estado de Derecho, no es más que un Estado legislativo europeo decimonónico, donde el Parlamento se colocó en una posición ventajosa y central respecto de las otras funciones del

Estado por tener atribuida la competencia para legislar y “decir lo que es el derecho”, mientras que las otras funciones son accesorias: o bien solo ejecutan lo mandatos legales o bien, como sucede con las juezas y jueces, solo aplican y subsumen la ley como si fueran “la boca muda de la ley”.

En este contexto, como bien dice García Pelayo, la finalidad última del Estado de legalidad es, siguiendo a Kant, la garantía de la libertad de la persona, lo que implica que “...el Estado ha de renunciar a preocuparse por la felicidad y el bienestar de los ciudadanos para limitarse a garantizar la libertad del despliegue vital de cada cual y que tal misión queda agotada con la positivización y mantenimiento del orden jurídico”.<sup>14</sup>

Sin embargo, sin salirnos del concepto general de Estado de Derecho, es evidente que existen otras formas de expresar la voluntad de comunidad política, como son el Estado gubernativo o administrativo y el Estado jurisdiccional.

---

11 En ese sentido, la Constitución no tiene ningún valor superior o adicional a la ley porque no es más que una ley especial de organización que define la forma en que se organiza y ejerce el poder.

12 En este Estado, según famosa expresión de Montesquieu, “imperan las leyes no los hombres”.

13 Schmitt, C., *Legalidad y Legitimidad*, Editorial Comares, Granada, 2006, pp. 1 y 2.

---

14 García Pelayo, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pp. 157 y 158.

El ejemplo histórico más importante de Estado gubernativo o gubernamental es el llamado Estado Social de Derecho,<sup>15</sup> que es una forma de Estado que aparece en Europa con ocasión de la crisis política generada por la Primera Guerra Mundial y la Revolución Rusa de 1917 y que se consolida definitivamente y tiene su máximo desarrollo en los veinte años siguientes a la segunda posguerra.

Como se sabe, para tratar de responder a la crisis política y social generada por las guerras, en la gran mayoría de los Estados europeos, y en los Estados Unidos, el poder público y particularmente la función ejecutiva, asume directamente la prestación y la satisfacción de una serie de demandas sociales de las clases trabajadoras que amenazaban con hacer la revolución. La satisfacción de estas demandas sociales implica la organización de un gran aparato administrativo que actúa autónomamente a la ley y al legislador/a.<sup>16</sup> Esta nueva forma de Estado, se construye sobre la idea de que el orden social no es, como creían los primeros liberales, algo naturalmente dado, sino que tiene que perfeccionarse a través de la actuación del Estado y particularmente del gobierno.

15 Díez Moreno, F. *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2004, pp. 137.

16 Produciéndose una relativización del principio de legalidad.

Los rasgos más importantes de esta forma de Estado se pueden resumir de la siguiente manera: a) la ley pierde la centralidad en relación con la capacidad regulatoria en manos del reglamento administrativo; b) la función ejecutiva es el poder dominante del Estado en reemplazo del Parlamento; c) El Estado deja de ser un mero garante negativo de las libertades y se convierte en un Estado que interviene directamente en la vida de las personas a través de las políticas públicas; d) los derechos de las personas, y particularmente su ámbito de autonomía, están limitados y regidos por el interés público; e) los derechos fundamentales no son normas sino mandatos de optimización que se realizan a través de las políticas públicas en la medida en que la capacidad presupuestaria del Estado lo permita; y f) la Constitución no es una norma sino tan solo un programa político que se traduce en políticas públicas.<sup>17</sup>

En ese sentido, correspondería al Estado Social la responsabilidad de garantizar las posibilidades de realización de la “procura existencial” de los/las ciudadanos/as, que no es otra cosa que la obligación de la administración de garantizar materialmente, a través de prestaciones

17 De acuerdo con Forsthoff, el Estado Social es una línea de acción política susceptible de orientarse por distintos modelos, cuya realización corresponde al derecho administrativo.



sociales, las condiciones existenciales mínimas que le permiten a una persona vivir con dignidad.

Pero al igual que ocurrió con el Estado de legalidad, a comienzos de los años 70 del siglo pasado, el Estado Social de Derecho entró en una profunda crisis que se manifiesta, por un lado, en la imposibilidad evidente de mantener los niveles de gasto presupuestario necesarios para satisfacer la demanda creciente de servicios sociales; y, por otra parte, lo que es más importante para países como el Ecuador, por la imposibilidad de extender sus beneficios más allá de los límites del Occidente desarrollado.

Ante esta situación, todos los países del mundo, pero particularmente los países más desarrollados donde el modelo se adoptó comienzan a relativizar el principio de generalidad y universalidad de las prestaciones sociales y a establecer criterios de competitividad y productividad en la oferta de los servicios públicos. Este nuevo Estado, a pesar de conservar el nombre,<sup>18</sup> en nada se parece al modelo inicial del Estado Social, que se desarrolló en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, porque su contenido material había variado sustancialmente, sobre todo en lo que se refiere a la constitución

económica, por lo que en estricto sentido debe denominarse Estado Social de Mercado.

Al igual que el Estado Social de Derecho, el Estado Social de Mercado tiene características particulares que lo identifican. Las más importantes son: a) se produce la eliminación de la identidad entre el concepto de lo público y lo estatal; b) se produce un proceso progresivo de privatización del Estado; c) hay un reemplazo de la ley y el reglamento por el contrato como principal fuente de la regulación social; d) se produce una progresiva sustitución entre el debate parlamentario y gubernativo y el *lobby* corporativo; e) existe una creciente y progresiva conversión de los derechos de las personas (especialmente de los derechos sociales) de facultades jurídicas a mercancías objeto de transacción; existe además una crisis manifiesta de la teoría jurídica dominante al romperse la ecuación Nación–Estado–Derecho, a partir del reconocimiento de la existencia de otros sistemas jurídicos y derechos no estatales.

La última forma conocida de Estado de Derecho es el Estado constitucional. Como bien señala Antonio Pérez Luño, la expresión Estado Constitucional designa una categoría teórica antigua que en los últimos tiempos ha tomado un nuevo impulso de la mano de las críticas al

---

18 Como ocurrió, por ejemplo, en la Constitución ecuatoriana de 1998.

positivismo.<sup>19</sup> Apartándonos de los debates que a partir de los años 70 se han dado en Europa sobre si el Estado constitucional es o no una forma que supera o continúa al Estado de Derecho,<sup>20</sup> lo cierto es que todo Estado constitucional es un Estado de derecho pero no todo Estado de derecho es un Estado constitucional. Esta última denominación, o forma de Estado, según se quiera, refleja las transformaciones e innovaciones actuales de los ordenamientos jurídicos que se proclaman y quieren ser democráticos.

Haciendo un apretado resumen de sus principales elementos, tendríamos que los rasgos que diferencian sustancialmente al Estado Constitucional de su antecedente el Estado de Legalidad son los siguientes: a) la conversión de la Constitución, toda ella, en norma directamente aplicable; b) hay un desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución;

19 Pérez Luño, A., *La Universalidad de los derechos Humanos y el Estado Constitucional*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 57.

20 Hay algunos autores como Haberle y Zagrebelski que consideran que el Estado Constitucional es una superación material del Estado de Derecho; sin embargo, en general, se considera, siguiendo a García Pelayo, que el Estado Constitucional no anula sino que perfecciona el Estado de Legalidad. Sobre el particular Ver: García Pelayo, M. "Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho", en: *Obras Completas* Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

c) transformación del principio de legalidad en principio de juridicidad o constitucionalidad; d) la transformación del papel del juez/a en el sistema jurídico través de la creación judicial del derecho; y e) lo que es más importante, que hay explícitamente una nueva finalidad sustancial del Estado: la garantía positiva de los derechos.

En cuanto a lo primero, a diferencia de lo que ocurría en vigencia del Estado de legalidad, donde la ley era el principio y fin del derecho positivo, en el Estado constitucional, la Constitución y no la ley es la norma superior del ordenamiento y todo su contenido, incluyendo valores, principios y por supuesto reglas que son directamente aplicables, sin que importe ni su grado de generalidad ni si la legisladora/ordenamiento secundario ha expedido o no una ley reglamentaria.<sup>21</sup> En cuanto a lo segundo, la aparición del Estado constitucional implica la superación relativa de uno de los dogmas esenciales del Estado de legalidad: la supremacía de la ley, que en los últimos treinta años ha devenido obsoleto a

21 Esto se refleja tanto en el ordenamiento constitucional ecuatoriano que establece este principio en el artículo 424 de la Constitución que determina que "la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso de no hacerlo carecerán de eficacia jurídica". En otros ordenamientos, por ejemplo el español, el artículo 9.1 dictamina la sujeción de todas las personas y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

partir de la irrupción y reconocimiento del pluralismo jurídico y del hecho de que diferentes entes y sujetos hoy en día disputan y discuten desde arriba y desde abajo la supremacía del Estado y de la ley.<sup>22</sup>

El tercer elemento relevante para caracterizar el Estado constitucional es sin duda la transformación del principio de legalidad en principio de juridicidad o constitucionalidad, lo que significa tanto que sea imposible la existencia de situaciones jurídicas incompatibles con los textos constitucionales, como también que se devuelve el papel superior y central que tuvo y tiene el poder constituyente respecto de los poderes constituidos de tal suerte que la voluntad del poder constituyente fundamenta permanentemente el orden jurídico estatal. En lo que se refiere al cuarto elemento, en el Estado constitucional se produce una transformación sustancial del sistema de fuentes a partir del reconocimiento a la jueza/ces y a la jurisdicción de la capacidad de crear el derecho vigente a través de la jurisprudencia, de tal suerte que la jueza/ez deja de ser la boca muda de la ley para transformarse en protagonista privilegiada/o de la resolución de conflictos, de tal suerte que en las democracias

constitucionales se ha logrado hacer justiciable todo el contenido de la Constitución y particularmente los valores y principios que configuran la parte dogmática de la Carta Magna.

---

22 Pérez Luño, A., *La Universalidad de los derechos Humanos y el Estado Constitucional*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 62.

## B. EL TRÁNSITO DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO DE LOS DERECHOS

Un segundo elemento teórico importante de la definición de Estado, que contempla el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, es la definición de nuestro Estado como Estado de los Derechos. Un análisis inicial de esta definición nos diría que se trata de un enunciado retórico sin sustento técnico debido a que, como hemos expresado largamente en el epígrafe anterior, todo Estado constitucional es un Estado de Derecho, porque en nuestros días la Constitución es la principal manifestación o fuente del derecho ecuatoriano, y en ese sentido si nos tomamos en serio la definición de Estado democrático constitucional y el principio de supremacía de la Constitución, la consecuencia lógica es que se trata de estamos en un Estado regido y limitado por el derecho.

En ese mismo sentido, quienes así opinan, consideran que la apelación a Estado de Derechos no tiene ninguna utilidad teórica distinta a un valor o carácter simbólico o publicitario que resalta, a través de un pleonasma la circunstancia de que las democracias constitucionales tienen como fin último la vigencia efectiva de los derechos. Sin embargo, en realidad la solución no es tan simple y, por el contrario, puede perfectamente argumentarse la relevancia teórica,

metodológica y práctica de un enunciado jurídico como el que aparece en el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

Particularmente existen dos dimensiones o argumentos fuertes que justificarían suficientemente un cambio nominativo de esta índole: en primer lugar, que un Estado sea “de derechos” implica que toda la actividad estatal tiene una finalidad superior: la eficacia real de los derechos de personas y comunidades. Que sea un Estado de Justicia significa que el otro fin esencial del Estado es la consecución de la igualdad y la justicia, propósito que se logra fundamentalmente a través de las políticas públicas y de la actividad de los jueces/zas, particularmente de la justicia constitucional que es la agente última de garantía de los derechos de las personas y las comunidades, en toda democracia constitucional verdadera.

En el plano de las políticas públicas, la aceptación de Estado de Derechos se traduce, como bien dice la exposición de motivos de la ley de igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica, en que todo el quehacer del Estado, y cada una de sus funciones, órganos y entidades, así como las normas y decisiones tomadas por las autoridades públicas, tienen que tener como eje transversal y finalidad ulterior la realización efectiva de los valores encarnados en los derechos humanos.

Esta definición, por supuesto, pone énfasis no tanto en la dimensión negativa de los derechos cuanto en la dimensión prestacional e institucional de los mismos, en el sentido de que es necesario establecer un entramado de órganos e instituciones que desarrollen y hagan realidad las disposiciones que contienen los derechos y sus garantías.

Pero existe un segundo ámbito o dimensión en la que el adjetivo de derechos adquiere toda su importancia. Se trata de que a partir de la definición de los constituyentes queda claro y fuera de toda duda que en el Ecuador ya no hay un solo derecho vigente (el derecho estatal) sino que, además, la Constitución protege y garantiza el pluralismo jurídico y las distintas manifestaciones y sistemas jurídicos que coexisten en el territorio ecuatoriano.

En ese sentido, los constituyentes ecuatorianos han abandonado la idea kelseniana de un sistema jerarquizado de fuentes y se ha producido un interesante proceso de asunción del sistema de internormatividad o interlegalidad, o sea de la intersección de sistemas o áreas normativas y jurídicas diversas de forma asimétrica y asistemática, a partir de diversas redes de juridicidad y de distintos sistemas jurídicos igualmente vigentes.

Es así como en la práctica, el Estado ecuatoriano es un Estado donde coexisten por lo menos tres sistemas jurídicos o de derecho, con legitimidad constitucional: el sistema jurídico supranacional determinado por el derecho internacional de los derechos humanos y el *ius mercatorum*, el derecho nacional mestizo y los distintos derechos de las nacionalidades, pueblos, y comunidades indígenas, que coexisten y se complementan en un modelo de complejidad que no puede ser asumido por el sistema jerárquico propio de Estado de derecho tradicional.

### C. LOS DERECHOS COMO FINES Y LÍMITES DE LA ACCIÓN ESTATAL

Hay un último elemento que permite diferenciar al Estado constitucional respecto de las anteriores versiones del Estado de Derecho: el reconocimiento de la naturaleza material de la Constitución. La existencia de este atributo institucional implica que la salvaguardia de los derechos, los valores y principios constitucionales es el objetivo último y la justificación esencial de la existencia de cualquier Estado que se considere como una democracia constitucional.

Es precisamente la presencia de este principio el que ha permitido imbricar materialmente los valores representados en el derecho internacional de los derechos humanos con

la existencia y funcionamiento concreto del Estado, y de paso estructurar uno de los elementos que diferencian de forma más notable el nuevo constitucionalismo latinoamericano (en otras versiones, neoconstitucionalismo) y de garantismo constitucional. En el caso ecuatoriano esta vinculación fuerte entre la existencia del Estado y la realización material de los derechos humanos se refleja en el artículo 3 constitucional que fija como deber último del Estado garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente, el principio de igualdad en sus diferentes manifestaciones.

Según el diccionario de la Real Academia Española garantizar significa la acción de dar garantía. A su vez, garantía tiene varias acepciones entre las que se destaca aquella que la define como una cosa o acción que asegura y protege a algo o alguien contra algún riesgo o necesidad.

Si entendemos que la garantía de los derechos constituye la condición *sine qua non* de la propia existencia del Estado democrático, en el caso ecuatoriano podríamos preguntarnos qué y contra qué debe proteger el Estado a las personas: en la teoría jurídica tradicional los derechos son fundamentalmente facultades o pretensiones que aseguran un espacio de intangibilidad

a ciertos ámbitos de libertad y seguridad de las personas y, por tanto, son concebidos como límites materiales al poder. Pero los derechos también tienen o cumplen una función objetiva de naturaleza axiológica: su función es la de sistematizar y concretar el conjunto de valores, principios y reglas al que los/las ciudadanos/as prestan su consentimiento y que le dan legitimidad y sentido a la existencia del Estado.<sup>23</sup>

Cuando el artículo 3 de la Constitución ecuatoriana habla de que es responsabilidad o deber fundamental del Estado garantizar la eficacia y efectividad de los derechos humanos está indicando claramente la dimensión objetiva de los derechos en el sentido de que a partir de la aprobación de la Constitución por el pueblo en referéndum, en el Ecuador existe una democracia sustancial, cuyo funcionamiento institucional depende y se justifica por la efectiva vigencia y validez de los derechos.

En ese sentido, los derechos constitucionales y los derechos humanos constitucionalizados, a través del bloque de constitucionalidad, se han convertido en límites objetivos del ejercicio del poder estatal y particularmente son confines tanto al funcionamiento del principio de

23 Pérez Luño A. *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 19 y 20.

mayoría como al propio funcionamiento del mercado y del modelo económico;<sup>24</sup> de tal suerte que las decisiones políticas de las mayorías no pueden nunca desconocer el contenido y la protección de los valores expresados a través de los derechos, ni los derechos de las minorías.

Pero, además, el contenido del artículo 3 de la Constitución dice que el Estado ecuatoriano no puede ser nunca más un Estado ausente y abstermido, como lo fue en el pasado, al punto de prácticamente desaparecer, y tiene que transformarse en un Estado activo y comprometido con la protección de la vida y dignidad de las personas y con la conservación de la naturaleza, es decir, y dicho en palabras técnicas, con la eficacia real de los derechos positivamente reconocidos.

---

24 Ferrajoli, L. *Derechos y Garantías la Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 50 y 51

### III. LO QUE CONVIENE SABER SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS: LA IMPORTANCIA DEL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN

#### A. ¿QUÉ SON Y PARA QUÉ SIRVEN LOS PRINCIPIOS?

De acuerdo con una definición muy conocida que defiende Robert Alexi, los principios son mandatos de optimización. Que sean mandatos significa, según el autor alemán, que son normas jurídicas que pertenecen al derecho positivo y que como tal deben ser aplicadas.<sup>25</sup> Al calificarlas como de optimización quiere expresar que, partiendo de una situación inicial determinada por los hechos o el ordenamiento jurídico, buscan alterar tanto el sistema jurídico como la realidad.

Los principios son normas ambiguas, generales y abstractas, ambiguas porque no contienen hipótesis de hecho ni consecuencias jurídicas, no determinan ineludiblemente una sola lectura o interpretación posible, ni determinan inequívocamente obligaciones; las soluciones que dan los principios son múltiples y solo pueden concretarse en un caso específico. Los principios son generales, porque están destinados para todas las personas, y son abstractos porque son aplicables a cualquier norma jurídica y a cualquier situación de hecho.<sup>26</sup>

25 Alexi R. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid 1993 pp. 81 y sig.

Los principios tienen además una finalidad concreta distinta a la de otras normas: sirven de parámetro de interpretación de las otras normas; gracias a los principios se pueden detectar y solucionar contradicciones entre normas.

#### B. LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008: EL ARTÍCULO 11 CONSTITUCIONAL

En una Constitución como la ecuatoriana, auto-proclamada garantista, las normas más importantes son las que establecen principios que definen el escenario y establecen las condiciones de aplicación e interpretación de los derechos constitucionales. Los principios más importantes de la Constitución que dan contenido y establecen la forma de aplicación de los derechos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano están establecidos en el artículo 11 de la Constitución de 2008. En este apartado se examinarán brevemente cada uno.

26 Ávila R. Los principios de aplicación de los derechos En: *Los derechos y sus garantías*, Corte Constitucional, Quito, 2011.



## 1. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

El primero de los principios de aplicación de los derechos es el que se refiere a su titularidad. En virtud de este principio, las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gozarán de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Como se puede ver este principio rompe definitivamente con la idea liberal de que solo los individuos tienen derechos y también con la visión más actual pero igualmente restrictiva, recogida en la Constitución de 1998, que divide ontológicamente los derechos en individuales y colectivos.

La concepción expresada en el enunciado normativo recogida por el constituyente de Montecristi en el primer numeral del artículo 11, dice que los derechos, todos los derechos, tienen dos dimensiones: una dimensión individual y una dimensión colectiva.<sup>27</sup> En esto, la Constitución de 2008 representa un avance significativo respecto de la anterior carta fundamental que establecía dos tipos distintos de derechos: los derechos individuales, que eran la gran mayoría y que estaban expresados en las categorías

tradicionales de los derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; y los derechos colectivos que cobijaban tanto a los derechos indígenas y a los derechos al medio ambiente sano.

En el caso del principio de igualdad y no discriminación, esta nueva concepción contemporánea de la titularidad de los derechos, individuales y colectivos permite minimizar, e incluso dejar de lado, una de las grandes discusiones teóricas y políticas: la preeminencia que tiene tanto en las normas como en los hechos, y por supuesto en la política pública, el entendimiento de la igualdad como una condición individual. La nueva visión que incorpora la Constitución de 2008, sin desconocer la evidente dimensión individual de la igualdad como facultad o poder subjetivo, le da lugar y preponderancia al derecho a la igualdad como mecanismo o instrumento institucional de lucha contra la discriminación estructural que viven muchos colectivos sociales.

Esto por supuesto implica no solo un avance en términos teóricos sino, lo que es más importante, implica una mejora en términos de impacto de las políticas públicas que buscan alcanzar la igualdad material entre todas las personas y la eliminación de cualquier forma de discriminación. Pero también tiene incidencia en términos de exigibilidad jurídica de todos los derechos y

---

<sup>27</sup> Ávila R. Los principios de aplicación de los derechos. En: *Los derechos y sus garantías*, Corte Constitucional, Quito, 2011. pp. 62

particularmente del principio y del derecho a la igualdad y no discriminación. Como bien dice Ramiro Ávila,<sup>28</sup> los derechos se materializan con su exigibilidad. La Constitución determina que los derechos se podrán exigir de forma individual o colectivamente y, además, que no se requiere interés legítimo o legitimación en la causa para demandar el cumplimiento y reparación de un derecho.

Esta decisión de los constituyentes, la de convertir todas las acciones constitucionales de defensa de los derechos, en acciones populares, está relacionada con la realización del principio ético según el cual la violación de los derechos humanos no es ni puede ser indiferente a ninguna persona o grupo. A todos, incluyendo al Estado, nos interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan y reparen las actuaciones que atenten contra los derechos. Y esto no es nada nuevo porque obedece a la lógica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que permite a cualquier persona concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>29</sup> En ese sentido, lo mismo que

28 Ávila R. Los principios, Óp. Cit. pp. 64.

29 Ver: Artículo 44 Convención Americana de derechos humanos.

sucede con los atentados contra la libertad, el medio ambiente o el orden penal, debe suceder con el derecho a la igualdad y el resto de los derechos constitucionales. Así lo reconocieron los constituyentes de Montecristi cuando establecieron esta regla fundamental.

## 2. LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS SON DIRECTAMENTE APLICABLES

En la teoría jurídica existe una regla según la cual cualquier norma jurídica vigente es y debe ser aplicable siempre que haya sido expedida por una autoridad con competencia para ello y que se hayan seguido estrictamente las reglas de producción de la norma previamente establecidas.

En la visión tradicional del derecho constitucional esta teoría tiene dificultades cuando se distinguen entre normas que tienen directa e inmediata aplicación y otras que son de carácter programático. Para los/las juristas que defienden esta tesis algunas normas son directa e inmediatamente aplicables en función de su estructura como reglas, mientras que aquellas que como los principios o valores no tienen esta estructura no pueden ser inmediatamente aplicables. En el caso que nos ocupa, los derechos fundamentales y sobre todo el principio de igualdad, como ya se vio, no tienen la estructura de una regla y, por lo tanto, siguiendo

esta visión tradicional, no podrían ser aplicables mientras el/la legislador/a no les desarrolle.

Sin embargo, el nuevo constitucionalismo o constitucionalismo garantista, del que es un ejemplo la Constitución ecuatoriana de 2008, considera que toda norma constitucional, independientemente de su estructura y función es directamente aplicable, regla que se aplica con especial atención a los derechos,<sup>30</sup> de tal manera que la distinción entre normas programáticas y reglas directamente aplicables resulta irrelevante.<sup>31</sup>

Hay sin embargo un problema que subsiste: en el caso del principio de igualdad material, así como los demás derechos sociales, estos tienen un claro contenido prestacional y, por lo tanto, su eficacia real dependería de que el obligado realice efectivamente la prestación debida y así podrían llegar a no ser exigibles directamente. La respuesta tradicional es que los derechos prestacionales no son directamente exigibles porque la obligación positiva del Estado depende de condiciones de posibilidad material y presupuestaria que impiden su exigibilidad inmediata e incondicional. La Constitución de

---

30 Ver artículo 11, numeral 3, de la Constitución de la República del Ecuador.

31 Ávila R. *Los Principios* Op. Cit. pp.69.

2008, sin embargo, recogiendo en esto las más modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos,<sup>32</sup> reconoce que todos los derechos y particularmente el derecho a la igualdad tienen una dimensión negativa o de abstención y una dimensión positiva o prestacional, y que ambas tienen que ser tendencialmente asumidas directamente por el obligado a ello.

Por otra parte, los sujetos obligados por los derechos ya no son los mismos. Ya no se puede decir que es el Estado el único obligado por los derechos fundamentales, hoy en día las normas constitucionales y los derechos vinculan y obligan a cualquier persona que se encuentre en situación de poder.

### 3. Todo derecho es justiciable

Un asunto estrechamente relacionado con el anterior es el de la justiciabilidad o exigibilidad

---

32 El comité de derechos económicos sociales y culturales de Naciones Unidas desde hace años ha venido insistiendo en que los derechos sociales al igual que las libertades civiles tienen un ámbito prestacional y uno de abstención y que al igual que estos son plenamente justiciables. Esta tesis ha sido recogida por la jurisprudencia internacional en diversos casos: por ejemplo la Corte Constitucional colombiana ha considerado hace tiempo que el derecho a la salud es un derecho directamente aplicable y defendible a través de la acción de tutela.

judicial de los derechos. En la doctrina tradicional, a la que hemos hecho referencia en el numeral anterior, se dice que solo algunos derechos, los fundamentales, son exigibles ante los/las jueces/zas, mientras que los otros, los derechos sociales, tienen una exigibilidad condicionada a las posibilidades de las políticas públicas que, a su vez, dependen de las posibilidades presupuestarias del Estado.

Hoy en día, sin embargo, esta posición teórica ha ido convirtiéndose en minoritaria. En el caso del constitucionalismo andino,<sup>33</sup> y particularmente en la Constitución de Ecuador, esta tesis ya no es aplicable porque se ha eliminado la jerarquía de derechos y la categoría de derechos fundamentales,<sup>34</sup> y porque el artículo 11.3 de la Constitución considera que todo derecho, con independencia de su estructura, es justiciable.<sup>35</sup>

33 Ver artículo 112 de la Constitución de Bolivia, artículo 27 de la Constitución de Venezuela y artículo 11.3 de la Constitución del Ecuador.

34 Artículo 11, numeral 6.

35 El único país del área andina que mantienen esta diferenciación entre derechos fundamentales y otros derechos es la Constitución de Colombia de 1991. Sin embargo, esta distinción entre derechos justiciables y no justiciables tampoco opera gracias a la interpretación constitucional hecha por la Corte Constitucional colombiana que le ha dado plena justiciabilidad a los derechos sociales.

#### 4. PROHIBICIÓN DE RESTRICCIÓN NORMATIVA

El numeral 4 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana establece la prohibición absoluta de restricción de los derechos por parte de normas de inferior jerarquía. Una lectura extrema de esta disposición podría derivar en la tesis de que una vez se constitucionaliza el derecho y la Constitución se transforma en la norma suprema del ordenamiento directamente aplicable, y que los derechos una vez reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos no pueden ser regulados. Nada más alejado de la realidad: lo que en verdad ocurre es que los derechos y sus garantías deben ir de menos a más. La Constitución establece un punto de partida que debe ser desarrollado y expandido en todo sentido, alcance, ámbito de protección, personas que lo disfrutan, autoridades que lo aplican etc.<sup>36</sup>

La Constitución a través del artículo 11.4 establece una garantía de mínimos, de tal manera que la/el legisladora/or y las/los responsables de las políticas públicas pueden y deben ampliar esos mínimos: deben desarrollar los derechos, aumentar el espacio de protección, y en ese contexto tienen un amplio margen de

36 Ávila R. Principios, op. cit, pp. 74.

configuración normativa, solo les está vedado disminuir el mínimo constitucionalmente establecido; lo que significa que ni pueden restringir directamente el derecho, ni tampoco imponer condiciones que indirectamente restrinjan o dificulten su eficacia o la hagan imposible.

Ahora bien, en el caso del modelo constitucional ecuatoriano donde las regulaciones sobre derechos establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos hacen parte de la Constitución y del ordenamiento jurídico, existe un problema pues comúnmente esta regulación es más antigua y lógicamente menos garantista que la establecida en el orden interno. En este caso, y siempre que la regulación internacional sea más restrictiva, se aplica de manera prioritaria la Constitución y se prohíbe la regulación restrictiva o incompleta.

En el caso de la protección del principio de igualdad, la Constitución en el artículo 11.2 recoge de manera general la formulación del derecho internacional de los derechos humanos pero no su desarrollo, el cual está definido en distintos documentos, particularmente en las recomendaciones del comité de la CEDAW<sup>37</sup>.

---

37 El Comité (conocido por sus siglas en inglés, CEDAW) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En este caso, estas regulaciones, en tanto desarrollan y amplían el contenido del derecho constitucionalmente establecido se aplican con prioridad. La ley debe no solo recogerlas sino desarrollarlas y ampliarlas.

Como se verá en su momento, cuando se estudie la finalidad y el objeto de la ley, esta es precisamente la razón de ser de la intervención de la/el legisladora/or en la materia. Se necesita poner en práctica y llevar a la realidad cada una de las recomendaciones del comité de la CEDAW<sup>38</sup> y ello requiere de la ejecución de una serie de acciones normativas e institucionales que van más allá del texto constitucional, lo desarrollan y lo completan; pero también se requiere, en desarrollo de los postulados internacionales respecto del contenido del derecho a la igualdad y no discriminación, hacerlo extensivo a ciertas personas y colectivos que, como las personas de diversa condición sexo genérica, tradicionalmente han sido excluidas y marginadas del goce efectivo del derecho a la igualdad y sus manifestaciones prácticas.

---

38 El Comité cuenta, hasta el momento, con veintiocho recomendaciones generales.

## 5. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA EFICACIA DE LOS DERECHOS

La teoría jurídica contemporánea, desoyendo algunos postulados del positivismo más extremo, consideran que el derecho no está constituido exclusivamente por los enunciados normativos aprobados por el/la legislador/a; sino que en realidad el derecho y los derechos se definen en el momento de su aplicación,<sup>39</sup> y más concretamente en el momento de su interpretación.

Ahora bien, interpretar algo es, según se sabe, encontrar su significado. También es conocido que de un enunciado se pueden deducir pluralidad de significados. En el caso de las normas, estas según Robert Alexi, son el significado posible que los jueces/zas o los/las aplicadores/as del derecho pueden encontrar en los enunciados normativos,<sup>40</sup> de tal suerte que de un enunciado normativo se pueden deducir distintas interpretaciones, lecturas o normas.

Ahora bien, en el caso de los derechos constitucionales, los enunciados normativos que los contienen pueden tener distintas lecturas o

interpretaciones, unas más cercanas y otras más alejadas del contenido del derecho o a la eficacia de los derechos considerados. El principio establecido en el artículo 11.5 de la Constitución ecuatoriana indica que de las posibles interpretaciones o lecturas de una misma norma hay que aplicar aquella que favorezca más o mejor a la eficacia concreta del derecho en la vida cotidiana.

Si aplicamos este criterio al principio o derecho a la igualdad significa que, de todas las posibles lecturas o interpretaciones que se le puedan dar al contenido del artículo 11.2, se debe privilegiar la utilización de aquellas que estén más acordes con la realización concreta de la igualdad material o de resultados, y menos aquellas que se limitan a definir como estándar de aplicación la igualdad formal o ante la ley. En el caso de su aplicación a la igualdad relacionada con la condición sexo genérica, la interpretación, y por tanto la norma resultante constitucionalmente admisible, no puede ser otra que aquella que favorezca la eficacia real de los derechos de las mujeres y las personas de diversa condición sexo genérica, (interpretación pro *feminae*), toda vez que una igualdad en los términos masculinos, aunque generará un resultado en apariencia cercano a la igualdad, en la medida en que esta igualdad estuviera soportada en el mantenimiento de unas relaciones

39 Ver Ross A. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ediciones Eudeba, Buenos Aires, 1997, pp. 99 - 102.

40 Alexi R. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1997, pp. 48-73

de poder androcéntricas, iría en contra de una lectura desde el género del principio *pro homine*, al que podemos denominar principio *pro feminae*, y por lo tanto deviene inconstitucional.

Esta fue por ejemplo la situación vivida en los Estados Unidos cuando la Suprema Corte resolvió el caso *Roe contra Wade*: declaró constitucional y legal el aborto cuando concurrían determinadas condiciones y circunstancias (malformaciones, violación, grave riesgo para la salud de la mujer) utilizando el argumento de la protección al derecho a la privacidad. El caso sirvió para la despenalización virtual del aborto en todos los estados de la unión, lo que generó y sigue generando una reacción virulenta de los sectores más conservadores de la sociedad norteamericana que aducen la ilegitimidad de la decisión porque se desvía del texto y de la historia de la Constitución (argumentos originalistas) imponiendo la política del aborto a todos los Estados. Otros críticos (vinculados a los movimientos pro vida) argumentan que la opinión de la mayoría de los miembros de la Suprema Corte no tomó en cuenta los derechos a la vida de los no nacidos.

Las feministas también han criticado duramente el fallo al considerar que se basó en la clásica e ilegítima distinción entre el ámbito de lo privado y lo público, y en la prohibición de injerencia del Estado en ámbitos privados de las mu-

jes. Para las feministas más allá del resultado práctico de la sentencia, el respeto a la lógica de género y a la igualdad entre mujeres y hombres implicaba desechar el argumento de la protección de la intimidad y utilizar el argumento de la protección de la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo y su sexualidad, que siendo otra interpretación posible, con el mismo resultado, la despenalización del aborto, no se hacía, a costa de una de las reivindicaciones políticas más importantes del movimiento por los derechos de la mujer: la lucha contra la violencia de género y la eliminación de la distinción entre lo público y lo privado. En opinión de un importante sector de la doctrina, la decisión del tribunal se basó en una visión androcéntrica del problema y por lo tanto implicó la vulneración del principio de la interpretación *pro feminae*.

## 6. INDIVISIBILIDAD, INTERDEPENDENCIA E IGUAL JERARQUÍA DE LOS DERECHOS

De acuerdo con las recomendaciones de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas y del Plan de Acción de Viena, los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y, en consecuencia, se pedía a los miembros de la comunidad internacional establecer los mecanismos para lograr que todos los derechos globalmente considerados fueran tratados en igualdad de condiciones

y sin discriminación alguna, de tal forma que tuvieran todos el mismo peso.<sup>41</sup>

En consonancia con ese compromiso internacional, la Asamblea Constituyente de Montecristi consagró en el artículo 11.6 el principio de indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de los derechos.

Que un derecho sea indivisible significa que los derechos deben ser leídos y aplicados integralmente de tal suerte que no se puede examinar un derecho por fuera del conjunto de los demás derechos y, por consiguiente, no es posible sacrificar un derecho a favor de otro.

En esto, los derechos constitucionales se diferencian de otros derechos o facultades de orden patrimonial que son, según Luigi Ferrajoli, ontológicamente divisibles.

Los derechos son además interdependientes. Es decir que se relacionan unos con otros formando un sistema, de tal manera que cuando se desconoce o se viola un derecho en realidad se está desconociendo a los demás derechos. Los derechos, por último, tienen igual jerarquía lo que significa que no existe ninguna clasifi-

cación o jeraquización posible entre ellos pues todos están relacionados con la garantía de la dignidad de su titular que es la razón misma de los derechos y de todo el sistema jurídico en una democracia constitucional.

Ahora bien, podría argumentarse que en el caso de las mujeres, anular la jerarquía de los derechos y en particular homogenizar la igualdad a los demás derechos, desconoce la desigualdad estructural a la que han sido sometidas por el modelo social y jurídico androcéntrico en el que han vivido. Por lo tanto, debe mantenerse, al igual que ocurre con los derechos de otras poblaciones históricamente marginadas como los niños, una jerarquía axiológica respecto de otros derechos.

Sin embargo, esto no es cierto, si bien en el caso de las mujeres el ideal de dignidad que hay detrás de los derechos constitucionales depende mucho del reconocimiento y la consecución de la igualdad material, pareciera que garantizando este principio se consigue el objetivo de devolverles a las mujeres, y al resto de personas que históricamente se han situado en el lugar de lo femenino, su dignidad postergada. Lo cierto es que el contenido mismo de la igualdad y su eficacia depende del reconocimiento y eficacia de los demás derechos y particularmente de los derechos sociales pues estos son expresiones concretas de la igualdad sustancial.

---

41 Ver Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena junio de 1993. En: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument).



## 7. PROGRESIVIDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS

La Constitución ecuatoriana de 2008, en el artículo 11.8, recoge otro principio capital de la teoría general de los derechos: la progresividad y no regresividad de los derechos.

Como se dijo en otro apartado de este capítulo, la doctrina jurídica tradicional ha considerado que solo los derechos liberales son de cumplimiento inmediato, mientras que los DESC son de cumplimiento condicionado o progresivo a las condiciones presupuestales del Estado definidas en la política fiscal. También se ha dicho insistentemente que de acuerdo con la doctrina de Naciones Unidas, todos los derechos humanos tienen dos dimensiones y condiciones de cumplimiento inmediato y de progresividad.<sup>42</sup>

Un claro ejemplo de esta doble condición es el derecho a la igualdad: mientras la igualdad en la ley y ante la ley (igualdad formal) es indudablemente de cumplimiento inmediato, la igualdad real y sobre todo la no discriminación tienen un claro componente prestacional.

Ahora bien, el principio de progresividad no se puede entender ni tiene ninguna eficacia real sin su otra cara: el principio de no regresiv-

idad. De acuerdo con esta norma en materia de derechos, si bien todos los derechos son de cumplimiento progresivo, lo que significa que su ámbito de aplicación va extendiéndose, una vez se consigue un estándar determinado, no se puede disminuir o desandar lo ya conseguido en el goce efectivo de los derechos.<sup>43</sup>

Así, por ejemplo, si se ha conseguido que la salud o la educación sean gratuitas y universales en todos los niveles de atención, es totalmente inconstitucional y contrario al derecho internacional de los derechos humanos el bajar el nivel de cobertura o restringir el servicio a ciertos colectivos o personas.

## 8. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA EFICACIA REAL DE LOS DERECHOS

El artículo 11.9 de la Constitución recoge constitucionalmente la doctrina de la responsabilidad así como el deber de reparación frente a las violaciones de derechos humanos. Asimismo, establece un principio de corresponsabilidad de los servidores/as públicos frente al Estado, al establecer la facultad estatal de repetición contra aquellos/as funcionarios/as responsables directos del perjuicio producido.

42 Ávila R. Los Principios, Op. Cit, pp.83.

43 Ver Inciso 2 del artículo 11 Constitución de la República del Ecuador.

En cuanto a lo primero, este principio es una manifestación concreta de la decisión de los constituyentes de Montecristi de asumir en el Ecuador la forma de Estado Constitucional. Las democracias constitucionales se diferencian de los otros tipos de Estado en cuanto a su finalidad. Por ejemplo, mientras en el Estado absoluto la finalidad es el cumplimiento de la voluntad omnímoda del soberano, y en el Estado de legalidad la finalidad es el cumplimiento de la voluntad general expresada en la ley, en los Estados Constitucionales el fin último de la acción y existencia del Estado es el cumplimiento estricto de los derechos establecidos en la Constitución. En el caso ecuatoriano el más alto deber del Estado es el respeto y la garantía del respeto a los derechos de las personas y la naturaleza.

El segundo elemento estructural de este principio es la obligación reparatoria inmediata y general cuando se producen vulneraciones a los derechos.

La característica esencial de esta obligación estatal es su carácter objetivo. A diferencia de la responsabilidad civil o penal, en el caso de la responsabilidad por la violación de los derechos humanos, esta opera por el simple hecho de producirse el acto u omisión de autoridad que genera la vulneración del derecho.

De acuerdo con el inciso 2 del numeral 9 del artículo 11, esta obligación estatal de reparación se predica tanto del Estado mismo como de sus concesionarios, delegatarios y de cualquier persona que ejerza temporal o permanentemente potestades públicas.

El último elemento de este enunciado normativo es la obligación que tiene el Estado de repetir en contra de la persona o funcionario/a directamente involucrado en la violación del derecho. Si bien el Estado responde con independencia de la identificación y del grado de responsabilidad de sus agentes en la violación, también es cierto que no se puede socializar la responsabilidad, lo cual quiere decir que una vez reparado el daño a los derechos humanos, existe la obligación correlativa de investigar y sancionar a los responsables de la violación del derecho, de tal forma que se conozca la responsabilidad y el responsable pague por lo que el Estado asumió en su nombre.

Todos estos principios son aplicables y de obligatoria consideración cuando se trata de la interpretación y aplicación del principio de igualdad y no discriminación, y son particularmente útiles cuando se trata de una ley que busca la igualdad real o material de las mujeres y los hombres, debido a que el principio de

igualdad, como bien lo dice Luis Prieto Sanchís, es el eje transversal y fundamento esencial de

los Estados sociales y particularmente de los Estados constitucionales.

## IV. EL CAMINO DE LA IGUALDAD DE LA CONSTITUCIÓN A LA LEY

### A. SOBRE LA NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA LEY DE IGUALDAD

El título preliminar del proyecto de ley de igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica nos habla de la naturaleza, finalidad, objeto y ámbito de aplicación de la ley.

En este apartado se harán algunas observaciones sobre la naturaleza y la finalidad de esta ley. Al respecto el artículo 1 del proyecto, que actualmente se encuentra en la fase de calificación por parte de la Comisión de Administración legislativa (CAL) de la Asamblea Nacional, dice que “esta ley tiene el carácter de orgánica y que define los alcances del principio y el desarrollo del derecho de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres y personas de diversa condición sexo-genérica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 numeral dos de la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

#### 1. ALGUNOS DATOS ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEY DE IGUALDAD

Como se puede observar al leer el enunciado normativo transcrito, este contiene tres normas distintas, la primera define la naturaleza de la ley. Al respecto los/las legisladores/as nos dicen que la ley de igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica es orgánica. Analicemos detenidamente esta condición.

Lo primero que hay que decir al respecto es que en la realidad jurídica occidental, de la que hace parte el Ecuador, la doctrina ha diferenciado diversos tipos de ley a partir de distintos criterios de ordenación.<sup>44</sup> Una primera forma de diferenciar las leyes se basa en un criterio formal basado en la consideración y análisis del

---

44 Ver: Sierra Porto H. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998, pp. 239 y sig.

procedimiento legislativo. De acuerdo con ese criterio existirían leyes de iniciativa popular, de iniciativa parlamentaria y de iniciativa ejecutiva, según la propongan el pueblo, la Asamblea Nacional o el Gobierno a través del presidente o sus ministros. El caso del anteproyecto de la ley de igualdad de la que es una iniciativa del ejecutivo, presentada a consideración de la Asamblea Nacional por la Comisión de Transición hacia el Consejo Nacional de Igualdad de Género, con la participación de importantes sectores de la sociedad civil representados en algunas organizaciones que defienden los derechos de las mujeres y otros colectivos que luchan por la igualdad de derechos de las personas de diversa condición sexo genérica.

También podrían diferenciarse los tipos de ley en el plano formal a partir de la forma en que se elabora la ley, esto es si el proyecto de ley tuvo el trámite ordinario o un trámite especial, o un trámite urgente de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa. En nuestro caso se trata de una ley sometida a un trámite ordinario.

Esta clasificación formal no solo es difícil y compleja porque requiere un conocimiento técnico especializado del procedimiento legislativo y sus momentos, sino que no es en realidad útil para hacer un estudio analítico del contenido de la ley. Por ello se han establecido también y

se pueden utilizar criterios materiales de ordenación que relacionan los tipos de ley con las materias asignadas por la Constitución.<sup>45</sup>

Según este criterio material, en el Ecuador existen dos tipos de ley según la materia de la que tratan, su nombre y la exigencia de una mayoría calificada para su aprobación, así como la exigencia de un control constitucional especial.<sup>46</sup> Al respecto el artículo 133 de la Constitución, que hace parte de la sección relativa al procedimiento legislativo, nos dice que las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas, entre otras, las que regulen la organización y el funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución; y las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Las demás, dice la Constitución, son leyes ordinarias y tienen una jerarquía inferior a las orgánicas en el sistema de fuentes.<sup>47</sup>

El momento en que el proyecto de ley de igualdad sea tramitado y aprobado será claramente una ley orgánica por cuanto: regula íntegramente

45 Esto es lo que en la doctrina se conoce como reservas de ley.

46 El control constitucional de las leyes orgánicas es previo a su promulgación.

47 Ver inciso 2, artículo 133 de la Constitución de la República del Ecuador.

y desarrolla un derecho constitucional, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, pero también porque regula de manera integral la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Igualdad, y las competencias y estructura del Consejo Nacional de Igualdad y de la Comisión Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género, organizaciones creadas por la Constitución en los artículos 156 y 157.

## 2. SOBRE LA FINALIDAD DE LA LEY DE IGUALDAD

El artículo 1 de la ley define también su finalidad: definir los alcances del principio de igualdad y su desarrollo cuando se trata de relaciones de mujeres y hombres y personas de diversa condición sexo genérica.

Se nos dirá entonces que en un contexto ideal el principio de igualdad y sus componentes se aplican a todos los seres humanos, independientemente de sus características personales y del lugar donde nacen y viven, y que no se restringe solo a la condición de sexo o género, con lo cual una ley de igualdad y no discriminación debería abarcar a todas aquellas personas que de una u otra forma se encuentran situadas en la órbita de lo que se denominan criterios sospechosos. Sin embargo, la ley enmarca su finalidad hacia la consecución de la igualdad de mujeres y hombres y entre estos y aquellas

personas que por razón de su condición sexo genérica se sitúan en el lugar femenino, lo cual requiere una explicación adicional: está demostrado que la dignidad es un concepto históricamente vinculado y condicionado por el sistema sexo-género. Resulta, por tanto, imprescindible un reconocimiento jurídico expreso de que las mujeres independientemente de la construcción social en la que se hayan socializado (al que denominamos género) históricamente han sido marginadas por un sistema de poder político controlado por los hombres donde su dignidad humana, sus derechos y sus deberes han sido desconocidos o, en el mejor de los casos, asimilados al modelo y al concepto “hombre” como sujeto universal y sujeto de derechos.

Y justamente a través de la aplicación del principio de igualdad, como herramienta de comparación y estándar de aplicación a las mujeres, en el Estado constitucional se ha venido cuestionando el carácter universal y universalizable del sujeto masculino incorporado en la norma porque realmente el modelo se correspondía con las particularidades de algunos hombres, pero no con todas las personas y, por tanto, el sujeto interiorizado en la norma no se podía identificar con la universalidad de los sujetos.

La igualdad es un concepto que ha presidido la elaboración de los textos constitucionales del mundo entero desde el constitucionalismo

de la posguerra europea, pero asume un papel central y de especial relevancia cuando se trata de desarrollos constitucionales en entornos desiguales y difíciles como los latinoamericanos. En este sentido, la Constitución ecuatoriana lo ha incorporado como principio fundamental en el art. 3.1, al prohibir la discriminación en el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales y, consecuentemente, como principio rector de aplicación de todos los derechos en su artículo 11.2.

La igualdad es fundamentalmente un concepto relacional, es decir, se plantea con respecto a algo o a alguien, por lo que en su configuración jurídica requiere de la utilización de términos de comparación y, por lo tanto, tiene incorporado un modelo y un sujeto sobre el que se ha construido la igualdad y sobre el que se establecen los términos de comparación identificados históricamente con las características asociadas genéricamente a los hombres.

En la medida que el sujeto de las normas jurídicas se corresponde con ese modelo masculino, el concepto de igualdad formal o jurídica también se corresponde con ese modelo. Es decir, a las diferencias o particularidades que se identifican mejor con los hombres y, concretamente, en el hombre que goza de ciertas características: blanco, solvente económicamente,

católico, ciudadano, heterosexual, sin discapacidades visibles, etc. La no aceptación de la diversidad provoca que queden fuera de este modelo y, por tanto, fuera de la igualdad, una cierta cantidad de hombres y definitivamente todas las mujeres. Como no se han establecido la equivalencia, la homologación y la equipotencia de las restantes diferencias, tras aplicar la igualdad formal, ocurre que las normas sólo son efectivas para los iguales y no para los diferentes, dado que las diferencias no han sido homologadas y, además, aquellas que han sido interiorizadas en las normas conforman un orden jerárquico a partir del cual las restantes diferencias pertenecen a un orden jerárquico inferior y producen como resultado más desigualdad.

La ley de igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica se articula en torno a dos ejes fundamentales, la igualdad y la no discriminación, conceptos ambos relacionales en un doble sentido. De un lado, la finalidad de la ley es la de eliminar la “discriminación a las mujeres y personas en desventaja por su identidad de género”. Es decir, se trata de construir la igualdad sobre un modelo basado en el reconocimiento de las diferencias de los seres humanos de forma que sean equivalentes y equipotentes.

Y en esto, la ley ecuatoriana implica un avance sustantivo respecto de otras iniciativas legislativas similares desarrolladas en los últimos años, como las leyes española o mexicana, porque sin desconocer la evidencia de que la discriminación estructural que sufren las sociedades contemporáneas es la que ha existido históricamente entre mujeres y hombres a partir de la construcción de una cultura androcéntrica, donde la mujer ha estado históricamente desplazada a un lugar subalterno, también es cierto que este lugar de lo femenino no se corresponde exactamente y en todos los casos con el sexo de la persona. Hay personas que sufren marginación por razón de su sexo o su género que sin embargo no son biológicamente mujeres, pero que han sido situadas o se han situado en el lugar que histórica y culturalmente han ocupado las mujeres a lo largo de la historia de la humanidad, como ocurre con las personas con diversa condición sexo genérica. En ese sentido, recogiendo la Recomendación General 28

de la CEDAW<sup>48</sup> sobre la necesidad de ampliar el concepto de sexo contemplado en el artículo 1 de la CEDAW, la ley ecuatoriana las cobija y las protege en el entendido de que lo importante es luchar contra la discriminación por razones derivadas de la relación sexo-género y no necesariamente, aunque siga siendo fundamental, la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres.

### 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL OBJETO DE LA LEY

El objeto de una ley esta estrechamente ligado a su finalidad, pues no es más que el mecanismo práctico o la metodología a través de la cual se hace efectiva la finalidad general de la ley.

Al respecto, el artículo 2 nos dice que el proyecto de ley de igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica busca hacer realidad la igualdad de mujeres y

---

48 Naciones Unidas, Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 28 relativa al artículo 2 2010. Otro aspecto fundamental se refiere al alcance del artículo 1 que menciona la discriminación por razón de sexo, el Comité interpreta que una adecuada lectura del artículo 1 con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5, se debe entender que la CEDAW abarca las discriminaciones por motivos de género entendiendo así que el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El

término género, en cambio, se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar.

hombres a partir de cuatro componentes diferenciados: en primer lugar, la norma establece principios de actuación de las distintas funciones públicas conforme a las directrices y la perspectiva de género. En segundo lugar, la ley regula los derechos de las mujeres y personas de diversa condición sexo genérica establecidos en la Constitución, ampliándolos. En tercer lugar, define cuáles son los deberes correlativos de las personas naturales y jurídicas, tanto públicas como privadas, en relación con la consecución de la igualdad real de las mujeres y de las personas de una diversa condición sexo genérica. Por último establece una serie de medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en que las víctimas sean mujeres y personas de diversa condición sexo genérica.

El primer aspecto tiene que ver con la obligación asumida por el Estado ecuatoriano de convertir al principio y a las políticas de igualdad en un eje transversal de todo el quehacer estatal. Esta transversalidad se debe entender, a partir de la incorporación de los principios y reglas desarrollados por el Sistema Interamericano y

el Sistema de Naciones Unidas,<sup>49</sup> como la obligación de que en cualquier política se transforme a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo en los principios fundamentales del sistema constitucional y legal; así como convertir al test de igualdad como criterio interpretativo básico de todo el ordenamiento jurídico.

El segundo aspecto relevante en cuanto al objeto de la ley tiene que ver con que la ley en sí misma: es una aplicación concreta del principio de progresividad y no regresividad, en el sentido de que el derecho a la igualdad y no discriminación, que son el eje central de la ley, están ya desarrollados en el artículo 11.2 de la Constitución y son de aplicación directa e inmediata, lo que no obsta para ampliar -como hace la ley- su espacio de aplicación a temas no tratados por el/la constituyente como su extensión a las personas de diversa condición sexo genérica, o la incorporación de criterios más amplios que los constitucionales para la interpretación de los principios aludidos.

---

49 En el Sistema de Naciones Unidas, las principales convenciones incluyen el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo como consustancial para la debida diligencia del Estado en el cumplimiento de los pactos y convenciones. Asimismo, en el Sistema

Interamericano el principio de igualdad se debe aplicar sin discriminación por razón de sexo, lo que significa que los Estados adquieren la obligación de transversalizar y garantizar estos derechos en todo su quehacer.



Un aspecto esencial relacionado con el objeto de la ley, es el hecho de que define claramente cuáles son las obligaciones concretas tanto de las personas privadas como públicas en relación con la consecución efectiva de la igualdad de trato y la eliminación de cualquier forma de discriminación directa (normativa) o indirecta (de aplicación de las normas). En ello, el texto de la ley se basa en los desarrollos dogmáticos establecidos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en su opinión consultiva N° 18 de 2003, donde específicamente determina que los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.<sup>50</sup> Asimismo, la Opinión Consultiva OC-4/84<sup>51</sup> que establece que no toda distinción es discriminatoria y que una medida diferenciada es

---

50 Ver: Corte I.D.H. Opinión Consultiva 18 /2003 párrafo 110.

51 Ver Corte I.D.H. Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

aceptada cuando persigue fines legítimos y hay proporcionalidad entre las diferencias establecidas por la medida y los objetivos.

El último aspecto relevante de la ley relacionada con su objeto está relacionado con las medidas y acciones concretas que esta incorpora para prevenir y corregir situaciones discriminatorias contra las mujeres como pueden ser el establecimiento de acciones afirmativas y la normativización del test de igualdad, así como el sistema de garantías que establece la ley para reparar los daños causados.<sup>52</sup> Siguiendo los estándares ampliamente aceptados por el sistema internacional y regional de los derechos humanos como lo establece la relación entre debida diligencia del Estado y las medidas positivas.<sup>53</sup>

---

52 CIDH En su informe anula del año 1999. Establece que las “medidas especiales de carácter temporal, tendientes a acelerar la igualdad entre los hombres y las mujeres no se consideran discriminación en la forma definida por la CADH”.

53 CIDH, “Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia”, OEA/Ser. L/V/II. Doc 68, 20 de enero 2007. “la implementación de medidas especiales de protección y promoción de la igualdad -entre las que se encuentran las denominadas medidas de acción afirmativa- son el tipo de acción de garantías indicadas para asegurar el acceso y ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdades estructurales o procesos históricos de exclusión. (pp.44).

#### 4. Ámbito de aplicación

En cuanto se refiere al ámbito de aplicación el artículo 3 de la ley establece que la ley se aplicará a tres diferentes esferas: a) en lo jurídico, se aplicará y están obligados a cumplirla tanto los organismos y servidores/as públicos como los particulares en todos sus ámbitos de actuación jurídica; b) en el ámbito personal, esta ley vincula y limita a toda persona natural o jurídica que se encuentre o actúe en territorio ecuatoriano, independientemente de su país de origen, domicilio o residencia; y finalmente c) En lo material la ley es aplicable a todas las esferas de la actividad humana en las que se pueda aplicar el principio de igualdad y no discriminación, y particularmente en los ámbitos político, civil, laboral, económica, social, cultural y familiar.

Al respecto cabe indicar que técnicamente todo cuerpo normativo tiene que definir los sujetos sobre quienes recae su aplicación, tanto en el aspecto positivo: personas que verán garantizado su derecho a la igualdad, y en este sentido la ley reconoce la universalidad de este derecho al considerar titulares a todas las personas que se hallen en el territorio de Ecuador, como en lo concerniente a las obligaciones que la ley proyecta no sólo sobre las personas públicas sino también sobre las privadas.

Pero, además, el artículo 3 deja claro que la eficacia de la ley es tanto vertical como horizontal, según se desprende del art.3, literal b , lo cual no significa desconocer que el criterio de la autonomía de la voluntad es el que preside las relaciones entre particulares, sino solo que en esta ley se aplica de manera consiente y particular el criterio constitucional de la eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares (Drittwirkung).

Específicamente es importante y conviene tener en cuenta que los individuos no se hallan aislados y desvinculados de una particular posición de poder social, económico, político, etc. En estos casos, la autonomía de la voluntad no es libre ni muchas veces equilibrada, siendo preciso, además, que en las relaciones globales entre personas rijan los derechos en tanto fundamentan el orden político y la paz social. Por eso, con buen criterio, el artículo 3 no limita el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, extendiendo legítimamente la eficacia de los derechos que establece la ley a las relaciones entre particulares. En estos casos se incrementa la complejidad cuando las discriminaciones no son directas. Por eso es de extraordinario valor que la propia ley fije conceptos claros de discriminación y defina discriminaciones particularmente invisibles (como hace en el título I). Solo a partir de esta premisa será por ello legítimo justificar

medidas y extender el principio de igualdad de trato y de oportunidades a las relaciones entre particulares.

De otra parte, tampoco del texto de la norma se desprenden solo derechos y obligaciones. Precisamente, el propósito del poder legislativo al abordar la propia puesta en práctica del principio de igualdad de mujeres y hombres y personas de diversa condición sexo genérica, lleva a considerar que su ámbito de aplicación ha de ser también “integrador” e “integral”, sobre todo porque acoge importantes dimensiones y principios necesarios para la consecución de una igualdad no solo formal sino también material para mujeres y hombres y personas de diversa condición sexo genérica, como por otra parte se deduce de los contenidos particulares de la norma, dispuestos a incidir, además, en muy diversos ámbitos de la vida pública o privada.

## 5. CONTEXTO NORMATIVO

En lo que atañe a antecedentes y puntos de contacto, la ley y concretamente el título preliminar de la ley tienen su correlato jurídico tanto en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, particularmente en el Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979, como en el Sistema Interamericano (Convención de Belén do Para) de 1994 y,

en el ámbito europeo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

En el derecho comparado también encontramos manifestaciones de cercanía filosófica y normativa en normas y regulaciones que tienen una finalidad, un objeto y un ámbito de aplicación similar al proyecto de ley que estamos comentando. Así por ejemplo, el artículo 3 de la Constitución francesa en su reforma de 1999 establece la obligación de los legisladores/as de expedir una ley que favorezca “la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos”; la Constitución belga, establece en el artículo 10 la garantía de la igualdad general de mujeres y hombres. La reforma a la Constitución portuguesa de 1997, también establece en su artículo 109 que “La participación directa y activa de hombres y mujeres en la vida política es una condición de existencia del propio sistema democrático, debiendo la ley promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos y la no discriminación por razón de sexo en el acceso a los cargos públicos”. Por su parte, el artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn reconoce el principio de igualdad ante la ley y la igualdad en derechos de mujeres y hombres, así como la obligación particular del Estado de fomentar la realización efectiva de la igualdad entre mujeres y hombres e impulsará la supresión de las desigualdades.

En el ámbito de la Unión Europea desde el Tratado de Ámsterdam, se dota de mayor relieve la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres y dispone que la igualdad entre mujeres y los hombres constituya una misión y un objetivo de la comunidad. Es así como el Artículo 1.2, que establece los valores de la Unión, determina que “La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

En el mismo sentido, la segunda parte del artículo 80 del Tratado de Ámsterdam prohíbe toda discriminación, y en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Esta determinación general es concretada en el artículo 83 que dispone que “La igualdad entre mujeres y hombres debe garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y

remuneración. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”. Finalmente el artículo 116 del Tratado de Ámsterdam determina que en el plano institucional “La Unión tratará de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y de promover la igualdad”.

En el caso español, este ordenamiento jurídico incorpora finalidades semejantes tanto en la Ley Orgánica 1 de 2004, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y en la Ley Orgánica 3 de 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que han situado al Estado español entre los países que poseen un marco normativo más avanzado en materia de igualdad. Cabe destacar que esta última ley de eficacia en todo el Estado español, representa una propuesta ambiciosa para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres mediante un enfoque transversal gracias a una perspectiva integral e integrada del principio de igualdad, que incide sobre múltiples esferas: políticas, sociales, económicas y culturales, con una abundante carga de materias y reformas de todo tipo. En el interior del Estado, en cada comunidad autónoma, se han reformado sus estatutos de autonomía en este sentido, y se han aprobado leyes específicas de igualdad de mujeres y hombres.

## B. ALGUNAS COSAS QUE DEBIÉRAMOS SABER SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

### 1. LA JUSTIFICACIÓN DOCTRINAL DE LA IGUALDAD

Según el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.<sup>54</sup>

La igualdad es un concepto normativo, esto quiere decir que no describe la realidad social, sino que denota o incorpora una exigencia de cómo deberían ser los seres humanos en la sociedad contemporánea. “... no se ocupa de lo que sucede en la realidad, sino de lo que debe suceder a saber: que los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, deben ser tratados como iguales. Qué signifique esto es el problema que habrá que resolver, pero tener claro que la igualdad es un principio me parece fundamental para ello”<sup>55</sup>.

La igualdad en el Derecho es un principio y como tal tiene diversas funciones como cuestionar, cambiar o conservar las realidades sociales, y también justificar la existencia de determinadas normas. El principio de la igualdad se nos presenta desde esta óptica como una categoría histórica y relacional, o sea que las concepciones sobre la igualdad no son estáticas sino cambiantes.<sup>56</sup>

“La aspiración a la igualdad es tan antigua como su restricción. Cada época pudo sentirla con mayor o menor virulencia, ha podido utilizar diversas retóricas, ha podido incluso darla por hecha. Pero el problema de la igualdad o de su restricción permanece siempre abierto porque sus parámetros son y serán siempre ilimitados. Pueden ser los bienes, pero los bienes son múltiples; pueden ser las condiciones para su obtención, que siempre son variables; puede ser en último término la equipolencia, que es ella

---

54 ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

55 LAPORTA, Francisco: “El principio de Igualdad”, en *Revista Sistema*, nº 67, pág. 4.

---

56 Al respecto véase: CALSAMILGLIA, Albert: “Sobre el Principio de Igualdad”, en MUGUERZA, Javier: *El Fundamento de Los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid 1989, pp. 97-110.

misma un límite, porque los individuos son diversos y divergentes en lo que quieren ser y en quién quieren ser”<sup>57</sup>.

La razón histórica nos permitirá describir las diferencias que se presentan en un momento dado entre los seres humanos, convirtiéndose en un dato que nos aporta la realidad. Existe, por lo tanto, una vinculación entre la realidad y las normas y es aquí donde “el principio de igualdad trata precisamente de establecer cuándo está justificado establecer las diferencias en las consecuencias normativas y cuándo no está justificado”.

Este tema, como ya lo mencionamos, nos lleva principalmente a los criterios de selección y de aplicación, los cuales son normas determinadas que incluyen las condiciones específicas, ya sean relevantes o no, referidas a una situación fáctica. Estos criterios deben ser razonados y justificados, y responder a una concepción de la igualdad en determinada época.

Facilita la tarea, el hecho de respondernos a las preguntas claves de igualdad en qué e igualdad entre quiénes, que nos plantea el profesor Bobbio.

57 VALCARCEL, Amelia. *Del miedo a la igualdad*. Crítica, Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona,, 1993, pp. 20.

El feminismo busca dar respuestas desde la perspectiva y teoría de género a estas importantes preguntas, pretendiendo entre los sexos una igualdad que necesariamente implique la eliminación del sexismo y pase por una aceptación de las diferencias entre los sexos<sup>58</sup> y de identidad. Esto significa un nuevo acercamiento al tema, en tanto que lo cuestionado es el hombre como paradigma o modelo de ser humano. ¿Qué significa esto para el contenido que históricamente se le ha dado a la igualdad? En cierto sentido significa la aceptación de que la igualdad, al ser reflexionada desde un contexto de género, se torna compleja: entra en juego el poder,<sup>59</sup> y por lo tanto el imperativo de erradicar los privilegios tradicionales masculinos aceptados como naturales y hasta el momento legitimados por el Derecho, de modo que se consolida un sistema construido alrededor de sus características sociales y físicas.

58 FACIO, Alda: *De que igualdad se trata. Caminando hacia la igualdad real*, Naciones Unidas, ILANUD, UNIFEM, Editorial Diseño Alternativo, San José, Costa Rica, 1995, pp. 28-32.

59 WILLIAMS, Joan: “Igualdad sin discriminación”, en FACIO, Alda, y FRIES, Lorena: *Género y Derecho*, Colección Contraseña, serie Casandra, Editorial La Morada, Chile, 1999, pp. 75-99.

HOSSAIN, Sara,: “Igualdad en el hogar: derechos de la mujer y derechos de las personas en Asia del Sur”, en *Derechos humanos de las mujeres*, PROFAMILIA, Bogotá, 1997, pp. 469-496.

En realidad, pareciera que la búsqueda de la igualdad de las mujeres pasa porque éstas tengan la oportunidad de estar en un mundo no vertido en su contra. Para erradicar la discriminación se requiere que las normas androcéntricas sean remplazadas por otras que reflejen los cuerpos y experiencias de vida de todas las personas sean mujeres, hombres o personas de diversa condición sexo genérica. Aparentemente esta sería la mejor de las alternativas para lograr la igualdad sin discriminación.

Se trata de reconceptualizar la igualdad como principio que refleja una aspiración humana enunciada de diferentes maneras según las épocas. Ya Aristóteles planteaba que este principio “exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también a las diferentes, de manera diferente”. Los modelos de derechos fundamentales francés y norteamericano, hacen referencia a este principio<sup>60</sup>.

Para esta nueva lectura es necesario partir del sexismo en que se fundamenta la formulación de las diferentes explicaciones del origen de lo que conocemos como sociedad civil y por supuesto estos reflejan el debate sobre quienes

son los que pactan, o sea quienes son sujetos libres e iguales. Las diferentes respuestas que se han dado nos demuestran la diferenciación que se hace entre los sexos, la cual es discriminatoria para las mujeres por su condición de género, estas elaboraciones teóricas condicionan el concepto de igualdad.

Es así como las explicaciones formuladas desde los clásicos contractualistas tales como Hobbes,<sup>61</sup> Locke, hasta llegar a Rousseau<sup>62</sup> y los modernos como Rawls,<sup>63</sup> nos plantean por diferentes razonamientos la subordinación de la mujer ya sea porque legitiman por acción o por omisión en sus análisis el poder para los varones y/o consagran la familia patriarcal.

“La doctrina del contrato supone que hay solo un origen, convencional, del derecho político, aun así, con la excepción de la teoría de Hobbes donde los dos sexos son descritos como

---

60 PECES- BARBA MARTINEZ, Gregorio: *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 145-154.

---

61 HOBBS, Thomas: *Del ciudadano y Leviatán*, Editorial Tecnos, Madrid; 1993.

62 ROUSSEAU, Jean Jacques: *El Contrato Social*, en Escritos de combate, trad. Salustino Masó, Madrid, Alfaguara, 1979.

ROUSSEAU, Jean Jacques: *Emilio*, Editores mexicanos unidos, México, 1993.

63 RAWLS, John: *Justicia como Equidad*, Materiales para una Teoría de la Justicia, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1993.

naturalmente libres e iguales, los teóricos del contrato insisten en que el derecho del varón sobre la mujer tiene base natural. Solo los varones tienen los atributos de los ‘individuos’ libres e iguales. Las relaciones de subordinación entre los varones, sí han de ser legítimas, deben tener su origen en el contrato. Las mujeres por su parte nacen en sujeción...”<sup>64</sup>

Es así como el concepto de igualdad nace sesgado por las consecuencias que se derivan del pacto primario que da sustento a la sociedad civil, nos referimos al contrato sexual, por medio del cual las mujeres no son ni libres ni iguales y, por lo tanto, no pueden pactar o porque aún en las interpretaciones como las del Hobbes siendo libres pactan su sujeción, que implica la apropiación de su cuerpo y la imposibilidad de convertirse en individuos civiles.

En las lecturas modernas de autores tales como Rawls el pacto se construye partiendo de la elaboración de la categoría universal y sexualmente neutra de individuo, respondiendo más a una abstracción lógica. Él se mueve en el reino de la pura razón con nada humano en ello, a pesar de que introduce seres corpóreos masculinos y femeninos, en el curso de su argumentación se

64 PATEMAN, Carole. El contrato sexual, Editorial Anthropos, Barcelona, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1998, pág 60.

centra en los descendientes y las cabezas de familia, o sea los varones.

“Simplemente da por sentado que se puede, al mismo tiempo, postular partes des-corporizadas, vaciadas de toda característica sustantiva y asumir la existencia de la diferencia sexual, las relaciones sexuales, el nacimiento de los hijos y la familia formada. Los participantes del contrato original de Rawls son, simultáneamente, meras entidades racionales y ‘jefes de familia’, es decir, varones que representan a sus esposas.”<sup>65</sup>

Si estudiamos las diversas ópticas de los autores estos tratan de legitimar, ya sea por razones naturales o políticas, el derecho conyugal y de sujeción de la mujer que atenta contra el principio de igualdad. Pero, al mismo tiempo, este concepto descansa en la desigualdad por discriminación contra la mujer por su condición de género. Por ejemplo, Rousseau sostiene que el sistema civil depende en cierta manera del derecho que los varones-maridos tienen sobre sus hembras-esposas y que este tiene su origen en la naturaleza.<sup>66</sup>

65 PATEMAN, Carole. El contrato sexual, pp 63-64.

66 COBO, Rosa. *Fundamentos del patriarcado moderno Jean Jacques Rousseau*. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Ediciones Cátedra 1995, Madrid, España.



## 2. IGUALDAD FORMAL O IGUALDAD DE TODAS LAS PERSONAS ANTE LA LEY

Referirse a la igualdad formal o igualdad ante la ley responde al imperativo de que todas las personas sean tratadas por igual (en algunos casos esto es suficiente para avanzar hacia la eliminación del sexismo), siempre y cuando estas normas no se elaboren alrededor de los cuerpos y patrones de vida de los hombres, que exigen estándares no alcanzables para las mujeres, al ser diferentes sus cuerpos y patrones de vida. En estos casos no es suficiente el igual trato ante las leyes.

“La justicia para las mujeres sigue siendo un objetivo a lograr, y es improbable que se consiga a través de la igualdad formal, porque la forma en la que la sociedad está estructurada es el resultado de una historia en la que las mujeres estaban legalmente subordinadas y en la cual se daba por supuesto que su papel natural era prestar servicios sexuales y domésticos (incluyendo la importante tarea social de cuidar a los hijos/as) a cambio de una seguridad económica que implica depender de los hombres”<sup>67</sup>

---

67 OKIN MOLLER, Susan: “Liberalismo, Política, Justicia y Género”, en *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós Estado y Sociedad, Editorial PAIDOS, Barcelona, España 1994, pág 146.

Por ejemplo, las normas de trabajo diseñadas a partir del modelo de trabajador ideal que implican tiempo completo y extra, no toman en cuenta la necesidad de considerar tiempo para partos ni crianza de criaturas. Estas normas y políticas están estructuradas sobre patrones y experiencias masculinas.

A pesar de esto, no se puede negar que la igualdad formal ante la ley y en la ley, ha significado un avance, puesto que transforma los privilegios y los convierte en verdaderos derechos para hombres y mujeres dando un nuevo contenido a la democracia y al poder.

## 3. IGUALDAD MATERIAL, REAL O DE OPORTUNIDADES

En otros casos es necesario el análisis desde la igualdad real o material: de las condiciones de las personas y colocarlas en situaciones materiales de igualdad, lo cual requiere muchas veces un trato diferente para lograr un resultado igual. Se busca, por ejemplo, promover la adopción de acciones afirmativas para nivelar las desigualdades históricas. Esta es, en muchos casos, la única manera de dar a las mujeres igualdad de oportunidades y es importante destacar que no solo alivia las desventajas del pasado, sino que remedia la manera en que los estereotipos y

otros tipos de normas masculinas crean desventajas para ellas.<sup>68</sup>

La igualdad hace referencia al requerimiento de un trato justo, o sea que se trate a cada cual según sus particulares circunstancias. No se intenta aquí igualar a nadie, sino proveer el trato y las condiciones concretas que cada quien necesita para satisfacer sus necesidades singulares o atender sus reclamos especiales. Para el ejercicio de la igualdad es imperiosa la contextualización de las decisiones, de modo que respondan a las diferencias, experiencias y condiciones de vida particulares. Por ejemplo, tomar las medidas necesarias para que las personas con discapacidades puedan gozar y ejercer sus derechos humanos en sociedades pensadas para personas sin discapacidades.

Hace parte de la igualdad real la valoración de las diferencias, que pretende tomarlas en cuenta y asumirlas no para oprimir y subordinar, sino para potenciar y propiciar el desarrollo personal. Este planteamiento critica el enfoque de la igualdad ya que considera que este concepto necesariamente implica un término de comparación.<sup>69</sup> Esto no garantiza la liberación de la opresión de las mujeres puesto que si su explotación está basada en la diferencia sexual es

solo sobre esta diferencia sexual que se puede resolver la discriminación existente, lo imperativo es la definición de los valores de la pertenencia a un género y que estos resulten aceptables para cada uno de los sexos. Ello requiere proporcionar las condiciones necesarias para que esas diferencias se mantengan y desarrollen<sup>70</sup>.

“La igualdad entre hombres y mujeres no puede hacerse realidad sin un pensamiento del género en tanto que sexuado, sin una inclusión de los derechos y deberes de cada sexo, considerado como diferente, en los derechos y deberes sociales. Los pueblos se dividen continuamente en rivalidades tan secundarias como sangrientas, sin percibir que su primera e irreductible división es la de los dos géneros. Desde este punto de vista, nos encontramos aún en la infancia de la cultura.”<sup>71</sup>

69 RIVERA GARRETAS, María- Milagro: Nombrar el mundo en femenino, Pensamiento de las mujeres y teoría feminista, Editorial ICARIA, Barcelona, España, 1994, pp. 179-228.

70 JAGGAR, Alison M.: “Ética feminista: Algunos temas para los años noventa”, en Perspectivas feministas en teoría política, Editorial Paidós, Barcelona, España, 1994, pp. 167-184. OKIN MOLLER, Susan: “Desigualdad de género y diferencias culturales”, en Perspectivas feministas en teoría política, Editorial Paidós, Barcelona, España, 1994, pp. 185- 206. RIVERA Milagros M. “Partir de sí”, en El Viejo Topo, número 73, marzo, Madrid, España, 1994.

71 IRIGARAY, Luce: Yo, tú, nosotras. Ediciones Cátedra Universitat de Valencia Instituto de la Mujer, Madrid, España, 1992, pp. 10-11.

68 WILLIAMS, Joan: “Igualdad sin discriminación”, en *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Serie Casandra, Chile, 1999, pp. 75-99.

#### 4. LA IGUALDAD EN LA CONVENCION PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDAW)

Desde los nuevos planteamientos éticos-jurídicos que sustentan los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos de las mujeres, la CEDAW se fundamenta en un concepto de igualdad que trasciende el formal, la convención define la discriminación 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 del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil y en cualquier otra esfera” (artículo 1).

Esta definición tiene una triple importancia: a) establece que una ley o política discrimina si su resultado es discriminatorio, aun cuando tenga la intención de favorecer; b) define lo que legalmente se debe entender por discriminación contra la mujer; c) declara discriminatoria toda restricción basada en el sexo, que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en

cualquier otra esfera. A partir de esta concepción, las restricciones que sufrimos las mujeres no solo en la esfera pública sino en el campo cultural y doméstico, deben conceptuarse como discriminatorias.

El principio de la igualdad de la persona humana, se expresa a través de principios y normas de segundo orden como el de no discriminación. Es así como la igualdad se fundamenta y se explicita en un espectro muy amplio de normas internacionales y del orden interno de los Estados. Por esta razón, la igualdad y la no discriminación se encuentran en disposiciones separadas y se aplican a diferentes categorías de derechos. Según O'Donnell, el principio de igualdad abarca un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y las libertades consagradas en el derecho internacional porque “se extiende a todo derecho reconocido por la legislación interna.”<sup>72</sup>

Este principio, contenido en el artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,<sup>73</sup> es incompatible no solo con la dis-

72 O'DONNELL, Daniel: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Comisión Andina de Juristas, Lima 1988, p. 376.

73 ONU: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 6 de diciembre de 1966.

criminales relativas al goce de los derechos consagrados en el Pacto, sino en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales reconocidos en el derecho interno.

Lo anterior es importante en cuanto a la posibilidad de ampliar las competencias de los órganos internacionales, ya que en más de una ocasión el Comité de Derechos Humanos ha podido examinar denuncias relacionadas con otros ámbitos que no figuran en el Pacto. Esto ha ocurrido en relación con la seguridad social o los derechos de los extranjeros, que tocan directamente tópicos de derechos sociales o económicos. También la Corte Interamericana lo ha hecho en el tema de la naturalización, aunque este derecho no está contemplado por la Convención Americana.<sup>74</sup>

## 5. UNA LECTURA DESDE LA CEDAW y BELÉN DO PARA

Desde una lectura crítica del principio de igualdad es imperativo la de-construcción de este para lo cual es necesario conjugar la igualdad formal con la material y la valoración de la diferencia. Esto nos permitirá cuestionar el andro-

centrismo y buscar resultados que no contengan rasgos sexistas.

En el cuestionamiento de la igualdad por su sesgo androcéntrico, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer marca un hito al establecer una ruptura con esta tendencia interpretativa de la igualdad sostenida tanto en el derecho internacional como en el interno.

En primer lugar, pone de relieve las desigualdades que se establecen en función del sexo entendido como las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, y de género referidas a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. La aplicación de la Convención a la discriminación por motivos de género se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1 de la CEDAW y se amplía su significado por (Recomendación General 28)

74 C.I.D.H: Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

que incluye sexo y género. En esta misma línea de ruptura de interpretación androcéntrica de la igualdad, en el Sistema Interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer basado en su género (art. 1) considera que el derecho a vivir una vida libre de violencia (art. 6, párrafo 1), implica el derecho de las mujeres a ser libre de toda forma de discriminación, por lo tanto la violencia se constituye una forma de discriminación que atenta contra el principio de igualdad. Como es considerado también por el Comité de la CEDAW en su Recomendación General 19<sup>75</sup> expresamente señala que la violencia es una forma extrema de discriminación que afecta a las mujeres por el hecho de ser tales, las que por tanto se ven limitadas, restringidas o menoscabadas en el ejercicio de los derechos que establece la Convención.

En segundo lugar, la CEDAW al incluir una perspectiva de género y por lo tanto una lectura no androcéntrica de la igualdad, es el primer instrumento internacional que amplía la responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas, empresas o instituciones no estatales u organizaciones no gubernamentales. Esto es muy im-

---

75 Naciones Unidas, Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 19 ( 11 periodo de sesiones 1992), La violencia contra la mujer.

portante porque sabemos que la discriminación contra las mujeres y la violación a nuestros derechos humanos no solo se dan en la esfera estatal. En este mismo sentido, la Convención Belén do Para amplía esta responsabilidad en su artículo 2, donde habla de que esta sea perpetrada por el Estado, sus agentes o sea perpetrado por cualquier personas (amplía la responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas).

En tercer lugar, esta lectura obliga a los Estados (debida diligencia) a comprender que su responsabilidad de erradicar las discriminaciones no se circunscribe solo al ámbito público, sino en todos los espacios de la sociedad, según lo establece el artículo 1 “en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”, rompiendo la visión dicotómica (público/privado) de los ámbitos de protección.

Adicionalmente, la recomendación 28 explica más ampliamente el significado y alcance del artículo 2 y la debida diligencia de los Estados en especial<sup>76</sup> deben ocuparse de todos los aspectos

---

76 La Recomendación 28 establece criterios relevantes en relación al artículo 2 que se refiere a la plena aplicación de la Convención, y a la naturaleza de las obligaciones jurídicas generales de los Estados. Este artículo debe interpretarse, leerse en concordancia con los artículos 3, 4, 5 y 24, en estrecha vinculación con la definición de discriminación del artículo 1, las recomendaciones generales, las observaciones finales, las opiniones y otras declaraciones formuladas por el Comité, los informes de los procedimientos de investigación y las decisiones de los casos individuales.

teger y hacer cumplir el derecho de la mujer a la no discriminación y al goce de la igualdad, esto implica la obligación de abstenerse de elaborar leyes, políticas, normas, programas, procedimientos administrativos y estructuras institucionales que directa o indirectamente priven a la mujer del goce de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en pie de igualdad con el hombre.

La obligación de proteger requiere que los Estados partes protejan a la mujer contra la discriminación de actores privados y adopten medidas directamente orientadas a eliminar las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que alimenten los prejuicios y perpetúen la noción de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y los roles estereotipados de los hombres y las mujeres. La obligación de cumplir requiere que los Estados partes adopten una amplia gama de medidas para asegurar que la mujer y el hombre gocen de jure y de facto de los mismos derechos, incluida, cuando proceda, la adopción de medidas especiales de carácter temporal.

Los Estados partes deben tener en cuenta que han de cumplir con sus obligaciones jurídicas con todas las mujeres mediante la formulación de políticas, programas y marcos institucionales de carácter público que tengan por objetivo sa-

tisfacer las necesidades específicas de la mujer a fin de lograr el pleno desarrollo de su potencial en pie de igualdad con el hombre.

Los Estados partes tienen la obligación de no discriminar a la mujer por acción u omisión; además, están obligados a reaccionar activamente ante la discriminación contra la mujer, independientemente de que esas acciones u omisiones sean cometidas por el Estado o por actores privados. Los Estados partes deberán asegurar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer.<sup>77</sup>

---

77 Se entiende por discriminación directa contra la mujer la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género. La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra.

Los Estados partes están obligados a proceder con la diligencia debida para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar esos actos de violencia por motivos de género. Los Estados deben proporcionar resarcimiento a las mujeres cuyos derechos protegidos por la Convención hayan sido violados. Si no hay resarcimiento no se cumple la obligación de proporcionar un recurso apropiado.<sup>78</sup>

Asimismo lo establece la Convención de Belén do Para en su artículo 1, en el que se refiere actos de violencia que se den tanto en el ámbito público como el privado. Es evidente que esta nueva perspectiva ética-jurídica de los derechos humanos de las mujeres se da una resignificación y expansión del principio de igualdad y no discriminación.

El cuarto aspecto en esta nueva lectura de la igualdad es la importancia que se le da a la cultura como lugar privilegiado para reproducir el sexismo y la violencia basada por razones de sexo y género. Es en este espacio en que la tute-

la patriarcal se ejerce contras los sujetos protegidos de esta ley, mujeres y personas de diversa condición sexo genérica, rompiendo la lectura.

Es así como la CEDAW reconoce el importante papel que juega la cultura, la tradición, la religión, las costumbres y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole, en la restricción de los derechos de las mujeres. Por consiguiente, prevé que los Estados deben adoptar medidas apropiadas para eliminar los estereotipos y prácticas atingentes a los papeles de hombres y mujeres, que surgen de un concepto de inferioridad o superioridad de un sexo respecto del otro (Facio, 2000), y modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

En el mismo sentido de poner en relevancia la cultura como lugar privilegiado de la tutela patriarcal como obstáculo fundamental para el logro de la igualdad en el Sistema Interamericano, la Convención Belén do Para determinar la necesidad y la responsabilidad estatal (art. 6, párrafo 2): “el derecho de las mujeres a ser valoradas y educadas libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y

---

78 Estos recursos deberían incluir diferentes formas de reparación, como la indemnización monetaria, la restitución, la rehabilitación y el recurso de reposición; medidas de satisfacción, como las disculpas públicas, los memoriales públicos y las garantías de no repetición; cambios en las leyes y prácticas pertinentes; y el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de los derechos humanos de la mujer.

culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

La comprensión de la interseccionalidad que se constituye en el quinto concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Este concepto de la interseccionalidad es parte de los criterios vertidos por la Corte Interamericana<sup>79</sup> al analizar el caso Rosendo Cantún y otras, al señalar la necesidad de tomar en cuenta las condiciones de mujer, indígena y niña para el acceso a la justicia y al sistema de salud.

79 Corte I.D.H. *Caso Rosendo Cantún y otras vs. México*. Sentencia del 31 de agosto del 2010. Serie C Nº 216.

## 6. LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008<sup>80</sup>

El principio de igualdad en la Constitución de Montecristi sigue las normas y regulaciones establecidos internacionalmente pero introduce algunas modificaciones interesantes. En primer lugar, al igual que ocurre con el sistema internacional, el interamericano y el europeo de derechos humanos divide la protección de la igualdad en tres ámbitos: garantía de la igualdad formal, tutela de la igualdad real o material y prohibición de toda forma de discriminación.<sup>81</sup>

Para el constituyente ecuatoriano, la igualdad formal significa que ante todo el sistema jurídico, y no solo ante la ley, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. Y se sintetiza en la superación de la conocida fórmula aristotélica “iguales pero separados” según el cual solo se trata igual a lo que es igual y diferente a los diferentes. En el contexto constitucional

80 En este punto es importante resaltar que el principio de igualdad establecido en el artículo 11.4 de la Constitución de 2008 es tanto un principio transversal de aplicación que sirve para interpretar y aplicar el resto de los derechos constitucionales, como es en sí mismo un principio sustantivo porque determina prescriptivamente un contenido, el de la igualdad y la equidad, y una prohibición, la de discriminación.

81 Ver artículo 11.2 de la Constitución.



actual, el Estado debe crear las condiciones para que todas las personas con independencia de su condición sexo genérica tengan un trato igualitario en las distintas regulaciones normativas, pero también cuando reclaman sus derechos ante los/las jueces/zas, quienes para lograr igualar formalmente a todas las personas, deben lograr equilibrar, en el trámite del proceso, las desigualdades iniciales con las que se llega.

Igualdad formal es, entonces, sinónimo de igualdad jurídica que implica tanto el derecho a recibir el mismo trato en las normas, igualdad en la ley como un trato igual en su aplicación. Se identifica con igualdad de trato y con la llamada dimensión individual de la igualdad.

Igualdad en la ley se refiere es un mandato a los/las legisladores/as en el sentido de que en el Ecuador, en la creación del Derecho no está justificado ningún tipo de trato diferenciado y, por consiguiente, por regla general a los mismos supuestos de hecho, se deberán aplicar las mismas consecuencias jurídicas. El principio de igualdad en la ley también recoge o incorpora la excepción que es la diferencia de trato, y define claramente cuáles son los requisitos: la ley nos habla de término de comparación adecuado, justificación objetiva y razonable, y finalidad legítima y proporcionalidad (no arbitrariedad).<sup>82</sup>

Por su parte, la igualdad ante la ley hace referencia a un supuesto de aplicación del Derecho. En ese sentido, por regla general la norma ha de ser aplicada por los/las jueces/zas y los operadores/as jurídicos de la misma forma en supuestos iguales y la excepción es la diferencia de trato, que tiene que cumplir para que sea legítimo una serie de condiciones: identidad del órgano judicial (o administrativo), término de comparación adecuado, y justificación suficiente y razonable (no arbitrariedad).

Este modelo de igualdad se basa en la concepción de que hombres y mujeres son exactamente iguales y, por ende, las mujeres deben ser tratadas por el Derecho o la ley exactamente igual como la ley trata a los hombres. Quienes defienden este modelo de igualdad argumentan a favor de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres y pretenden que las mujeres accedan a las oportunidades y actúen de conformidad con las reglas y estándares que fueron fijados para los hombres.

La dificultad con este esquema, y así lo considera la ley de igualdad que estamos comentando, es que no toma en cuenta ni las diferencias biológicas ni las desigualdades estructurales de género. Este modelo es injusto con las mujeres porque implica o asume que deben comportarse y dar un rendimiento prefijado con estándares masculinos.

---

82 Ver artículo 12 de la ley de igualdad entre mujeres.

En el caso de la igualdad formal derivada o en razón a las diferencias sexo genéricas, la Constitución establece un sistema de protección de la igualdad ante la ley que va mucho más allá del reconocimiento formal de la igualdad de todas las mujeres frente a los hombres, pues incluye el reconocimiento de situaciones históricas de discriminación hacia personas que ostentan una condición sexo genérica diversa, lo cual se ha traducido y se traduce en desigualdad en el ámbito judicial.

Para resolver este tema, la ley consagra, por ejemplo, mecanismos de garantía eficaces que toman en cuenta esa definición ampliada de género como pueden ser la creación de jurisdicciones especiales, en el ámbito laboral, de mujer y familia que tutelan y garantizan judicialmente los derechos tanto de las mujeres como de las personas de diversa condición sexo-género.

En este punto, es importante señalar que para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la llamada igualdad formal es necesaria, y por lo tanto está garantizada. Pero no es suficiente porque en algunos casos, no infrecuentes, su aplicación resulta ser injusta y discriminante, debido a que desconoce las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las necesidades de reconocimiento en la diferencia de un colectivo muy importante de personas tradicionalmente marginadas por obedecer a la división sexo ge-

nérica tradicional. Asimismo, la igualdad formal desconoce las diferencias o desigualdades estructurales que hacen que sea necesario el trato diferenciado.

La cuestión que no dilucida la Constitución pero que si asume la ley es que las mujeres ni las personas de diversa condición sexo genérica no pueden acceder o beneficiarse de oportunidades de la misma manera que los hombres, aunque éstas se brinden formalmente por igual a todas las personas, si las condiciones de vida de hombres, mujeres y personas de diversa condición sexo genérica son distintas.

Tomando en cuenta lo anterior, el artículo 5 de la ley en concordancia con el artículo 11.2 constitucional introduce el criterio de igualdad real o material como principio general de aplicación. Según esta concepción, lo importante es la condición real de las personas. Lo que se persigue es colocar a todas en situaciones materiales de igualdad y no solo al nivel del reconocimiento formal. El logro de la igualdad real muchas veces requerirá el trato para lograr un resultado igual. Es decir, para eliminar los desniveles reales en las situaciones de vida o en el acceso a recursos, oportunidades, bienes o servicios en la sociedad, habrá que tratar a las personas desigualmente situadas, en forma diferente. Esta es una vía por la que se pueden transformar muchas situaciones de injusticia.

Un ejemplo de este tipo de solución lo proveen los diversos programas de acción afirmativa para nivelar las desigualdades históricas en el reclutamiento o promoción de las mujeres en determinados tipos de ocupaciones o posiciones, en el empleo público o privado.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el empeño por lograr la igualdad real tampoco está libre de problemas. Así, por ejemplo, en el caso de la desigualdad entre los géneros, es posible que el estándar que se emplee para determinar cómo deben ser las cosas, es decir, a qué situación debemos llegar para que todos y todas seamos iguales, tome como referencia el modo de ser de uno de los polos, digamos, el masculino. Aunque se lograra la igualdad real, sería en términos dictados por la visión masculina. Y, en ese sentido, la fórmula de Boaventura Santos resulta reveladora de lo que implica tomarse en serio este principio. Para el profesor portugués, todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos oprime y tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza.<sup>83</sup>

Un ejemplo de cómo el modelo de igualdad material no siempre beneficia a las mujeres son las medidas para facilitarles el acceso a un cam-

po tradicionalmente reservado a los hombres. Esto podría entenderse como un paso en la dirección de la igualdad material. Pero facilitarles a las mujeres este acceso exigiéndoles que para ello se ajusten a normas y estándares fijados por los hombres y pensados para ellos, sería injusto desde la perspectiva de la igualdad.

Y por eso se hace necesaria una ley como la que estamos comentando porque introduce al concepto general de igualdad real o material un enfoque de género que parte de la diversidad como paradigma de lo humano. Y, en consecuencia, detrás de la ley hay un planteamiento de profundas implicaciones: la ley plantea a lo largo de todo su articulado que ni la igualdad formal ni la material o real son de por sí suficientes para lograr un trato justo a las personas.

---

83 Santos B. *La caída del Angelus Novus, Ensayos para una nueva teoría social*, ILSA, Bogotá 2003, pp. 164.

## V. LA OTRA CARA DE LA MEDALLA: EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

### A. LOS DISTINTOS SIGNIFICADOS (INTERPRETACIONES) DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

El principio de igualdad de las personas y la consecuente ilegitimidad de la discriminación forman parte de los principios trascendentales del derecho internacional de los derechos humanos y se encuentra asimismo recogido en el artículo 11.2 en el ordenamiento constitucional ecuatoriano.

Para el Derecho Internacional la no discriminación y la igualdad de trato son equivalentes. Esto quiere decir que la igualdad de las personas incluye dos nociones: primero se refiere al principio de no discriminación, como aspecto negativo de la igualdad, que prohíbe diferencias que no se puedan justificar con criterios razonables y objetivos; segundo, el principio de protección que se desarrolla por medio de medidas especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva.

Desde este punto de vista el contenido normativo, la Constitución de 2008, siguiendo al derecho internacional, elabora el concepto de discriminación partiendo del significado negativo del término, a partir de la prohibición de las distinciones que se consideran irrelevantes, arbitrarias, no razonables, injustas, dirigidas a la

negación del goce, disfrute y tutela de los derechos de grupos o personas.

Como dice Carmen Sáez, “El actual significado de la palabra discriminación se descubre pues en conexión con la tutela, esto es, la prohibición y erradicación, del fenómeno discriminatorio en las sociedades democráticas y pluralistas, (que se exterioriza en las distinciones entre individuos basadas en la pertenencia a un grupo minoritario y no de sus personales aptitudes o capacidades). Así se afirma en primer lugar, una interpretación negativa de este término, y en segundo lugar, se conecta a circunstancias históricas de discriminación de las personas, frente a las cuales el derecho reacciona para su erradicación”.<sup>84</sup>

Esta prohibición de discriminación se traduce en la cancelación de ciertos rasgos distintivos como posibles razones relevantes para la diferenciación y las consecuencias normativas. Algunos de estos rasgos los encontramos en principios o

---

84 SÁEZ LARA, Carmen. *Mujeres y Mercado Laboral, Las discriminaciones directas e indirectas*. Colección Estudios, Madrid, España, 1994. Pág 35.

normas secundarias, los instrumentos internacionales podrían ser un ejemplo de esta afirmación.

El principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y base fundamental de los Sistemas de Protección Internacional tanto de la Organización de los Estados Americanos<sup>85</sup> como de las Naciones Unidas.<sup>86</sup>

Esto es fácilmente comprobable si observamos que los contienen los principales instrumentos internacionales: Declaración Universal 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, la Convención Americana, la Convención Europea de Derechos del Hombre (1959)

y Protocolos (1952 y 1963), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos<sup>87</sup>.

Además, encontramos instrumentos que no solo incluyen estos principios sino que prohíben específicamente uno u otro tipo de discriminaciones. Entre ellos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial de 1965, la CEDAW de 1979, la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión, o las Convicciones de 1981, Convenios 100 y 111 de la OIT, Convenio de la UNESCO de 1960.<sup>88</sup>

---

85 Es importante destacar que el artículo 3 (1) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece, como principio básico: “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”. Los principios de no discriminación y de igual protección ante la ley sirven, a su vez, como bases fundamentales de los principales instrumentos normativos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

86 En el sistema de Naciones Unidas, se da prioridad comparable a los derechos de igualdad y no discriminación. Precisamente uno de los propósitos de las Naciones Unidas, establecido en el artículo 1(3) de su Carta, es promover el respeto a los derechos humanos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.

87 La Convención (1950) y protocolos (1952 y 1963), prevén la garantía de los derechos y libertades de la persona que son esencialmente de carácter civil y político. Su artículo 14 establece que estos derechos y libertades

---

corresponden a la mujer igual que al hombre. La Comisión y la Carta Europea de los Derechos del Hombre, órganos internacionales judiciales instituidos por la Convención para la vigilancia de su aplicación, han declarado la posibilidad de atender los casos de discriminación por razón de sexo, siempre que se fundamenten en la combinación del citado artículo 14 y de otro artículo de esta Convención donde se reconozca expresamente un derecho o libertad concreta de la persona. Sobre este tema consúltese: KAREL, Vasak: “El Consejo de Europa”, en: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. III, Barcelona, Sebal UNESCO, 1982, pp. 622-705. Sobre la Organización para la Unidad Africana: KÉBA, M’Baye y BIRAME, Ndiaye, “La Organización para la Unidad Africana” en: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Volumen III, Barcelona, Sebal UNESCO, 1984, pp. 755-814.

88 Los textos de estos instrumentos pueden consultarse en: *ONU. Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Nueva York, Centro de Derechos Humanos, Ginebra, 1988.

Si estudiamos los principales instrumentos sobre derechos humanos, advertiremos un tratamiento similar en las formas prohibidas de discriminación (rasgos) por el Derecho internacional, por razones de raza, sexo, color, posición económica, nacimiento, etc.<sup>89</sup> A juicio de Francisco Laporta, un ejemplo típico de esto es la cancelación de la relevancia de rasgos como la raza y el sexo “para establecer diferencias en la atribución de derechos políticos”<sup>90</sup>.

Curiosamente, en los instrumentos generales no se define la discriminación, sino que en algunas de las convenciones internacionales se nos indica el campo concreto de aplicación y los criterios<sup>91</sup>.

89 Al respecto véase, O'DONNELL, Daniel: Protección Internacional de Los Derechos Humanos, Lima, Perú, Comisión Andina de Juristas, 1988, 369-393.

90 LAPORTA, Francisco: “El Principio de Igualdad”, en Revista Sistema, n° 67, pág 14.

91 En relación con el tema de los criterios, es importante destacar que el horizonte día a día se amplía más; desde aquellos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, pasando por la Declaración Universal, constatamos en sus listas un aumento, se habla de color y opiniones políticas, lo que pone de manifiesto esta relación dialéctica entre las necesidades históricas, y el Derecho internacional de los derechos humanos, que convierten estas pretensiones morales en valores protegidos y promovidos por la comunidad internacional. En realidad muchos de estos criterios se vinculan; esto es evidente en el caso de la protección de los derechos de las mujeres, por ejemplo mujer, negra, que sufre doble o triples discriminaciones, no sólo por ser mujer sino también negra, etc.

Los principios que se configuran y les dan contenido a las declaraciones y convenciones son aplicados (o deberían serlo) por los órganos internacionales de derechos humanos, los cuales deben observar tanto la discriminación *de iure* basada en la legislación que establece diferencias formales entre los derechos, como las discriminaciones *de facto* que consisten en aplicar, en forma discriminatoria, la legislación que no encierra tales criterios discriminatorios.

## B. LAS DIMENSIONES DE LA DISCRIMINACIÓN

### 1. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIONES DIRECTAS E INDIRECTAS

Este derecho a no ser discriminado por razón de sexo, que recoge la Constitución ecuatoriana siguiendo al derecho internacional, incluye dos reglas: la primera es la prohibición de discriminaciones directas, o sea, de toda norma o acto jurídico que genere normativamente un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo, lo que significa que en el Ecuador, al igual que en la mayoría de países del mundo, existe la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general.<sup>92</sup>

92 Esto por cuanto, excepcionalmente, que para lograr una igualdad real sin discriminación se aceptan las acciones positivas.

El segundo derecho es la prohibición de la discriminación indirecta, o sea, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.<sup>93</sup>

Ahora bien, es importante tener presente que las diferencias en el trato en circunstancias que son, por lo demás, similares no son necesariamente discriminatorias. Si estas se basan en criterios razonables y objetivos, pueden ser necesarias para que se haga justicia o para la protección de grupos o personas que requieren de medidas especiales: “ No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia...”<sup>94</sup> Una distinción basada en criterios razonables y objetivos, tiene un objetivo legítimo y emplea medios que son

---

93 REY MARTINEZ, Fernando: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 67-82.

AZKARATE-ASKASUA ALBENIZ, Ana Carmen: *Mujer y discriminación. Del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.

94 Véase en general, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Breks contra Holanda*, Com. No 172/1984, párrafo 13, *Zwaan de Vries contra Holanda*, Com. No 182/1984, párrafo 13.

proporcionales al fin que se persigue, es totalmente aceptable<sup>95</sup>. Algunas de las distinciones previstas en la ley se basan en criterios relativos a la raza, el sexo, entre otros.

## 2. LAS RESPUESTAS JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN CON LA DISCRIMINACIÓN DESDE LA CIDH

En el sentido aquí expresado, tanto la Comisión como la Corte interamericana de Derechos Humanos en los últimos años ha emitido opiniones consultivas y sentencias que interpretan el alcance de las cláusulas antidiscriminatorias incorporadas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto a la Comisión, este organismo internacional ha dicho que “el principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones”. Entre las más importantes están las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, que se encuentran

---

95 Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics*, *supra*; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Aumeeruddy-Cziffra y otros contra Mauritius*, Com. No 35/1978, párrafo 9.2 (b) 2 (l) 8 (que advierte, en general, que una distinción negativa en el trato requiere una justificación suficiente).

específicamente prohibidas, de tal manera que cualquier distinción basada en alguno de los supuestos señalados en el artículo 1 de la Convención Americana conlleva “una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado”.

Para romper con esa presunción de discriminación, la doctrina y la jurisprudencia internacionales han dicho que se requiere de un análisis que involucre los siguientes factores: 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.

En cuanto a la CIDH, en relación con el principio de no discriminación ha dicho lo siguiente: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”.

En opinión de la Corte Interamericana existe una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se emplea para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo, mientras que discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos; por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

A juicio de la CIDH existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico



regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

Ahora bien, a juicio de la Corte no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana<sup>96</sup>. En este mismo sentido, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, advirtió que solo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”<sup>97</sup> y que, por tanto, pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.<sup>98</sup>

---

96 *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 46; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 32, párr. 56.

97 Cfr. Eur. Court H.R., *Case of Willis vs. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., *Case of Wessels-Bergervoet vs. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., *Case of Petrovic vs. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” vs. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.

98 *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 46.

“[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de *tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.*”<sup>99</sup>

En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como: “...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”<sup>100</sup>

---

99 *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párr. 47; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 32, párr. 57.

100 ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General 18*, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

En cuanto al carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación, la Corte considera que el concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados, pero en su evolución y por su propia definición, el *ius cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados, sino que se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *ius cogens* se ha manifestado también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.

En concordancia con ello, este tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, a juicio de la CIDH, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

En cuanto a los efectos del principio de igualdad y no discriminación la CIDH ha dicho que: de esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. En primer lugar, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, lo cual se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

En tercer lugar, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Lo cual significa un deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. De tal manera que solo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando estas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

En resumen, en la jurisprudencia de la CIDH se pueden encontrar una serie de parámetros que definen el núcleo esencial del principio de igualdad y no discriminación a saber: a) el principio de no discriminación pertenece al *ius cogens*, b) las acciones afirmativas se aplican como instrumentos para garantizar la igualdad,<sup>101</sup> c) la protección antidiscriminatoria del derecho internacional de los derechos humanos opera tanto a normas jurídicas como a prácticas de hecho, y d) operan tanto frente al Estado como frente a particulares.<sup>102</sup>

---

101 Ver párrafo 104, Observación General N° 18 de 2003.

102 Ver párrafos 105 a 110 Observación General N° 18 de 2003.

### 3. LAS RESPUESTAS NORMATIVAS DESDE EL PARADIGMA DE LA IGUALDAD: LAS ACCIONES POSITIVAS

Históricamente se puede situar el origen del concepto y la práctica de acciones positivas en el derecho estadounidense, en cuya legislación se incluye el concepto por primera vez en 1965, gracias a las presiones ejercidas por el movimiento de los derechos civiles a favor de las minorías negras. Posteriormente, en 1967, se añadió la discriminación sexual como objeto de aplicación de la acción positiva. Los ámbitos en que se pusieron en práctica fueron especialmente el trabajo, la educación y la participación política. Después se extendieron a Europa gracias al trabajo del movimiento de mujeres.

Este tipo de acciones busca erradicar las discriminaciones directas e indirectas que afectan a la mitad de la humanidad,<sup>103</sup> constituyen el núcleo primario y de mayor influencia y desarrollo del derecho antidiscriminatorio, y tienen por objetivo impulsar y promover la igualdad,<sup>104</sup> y se justifican filosóficamente sobre la base de los conceptos de justicia compensatoria, justicia

---

103 COBO, Rosa: "El largo camino hacia la igualdad", en *Crítica*, n° 831, enero 1996.

104 REY MARTÍNEZ, *op.cit.*, 1995, pp. 67-107.

distributiva y utilidad social.<sup>105</sup> Constituyen también un instrumento social y político hacia una mayor democratización.<sup>106</sup>

*“Las acciones afirmativas 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 electas.”*<sup>107</sup>

105 Al respecto ver RODRÍGUEZ, Marcela. “Igualdad, democracia y acciones positivas”. En: FACIO, Alda, y FRIES, Lorena. *Género y Derecho*, Colección Contraseña, serie Casandra, Editorial La Morada, Chile, 1999.

106 La aceptación de estas acciones suponen el reconocimiento de la discriminación en contra de las mujeres por su condición de género. El cuestionamiento al concepto de igualdad formal y la necesidad de tales medidas para llegar a la igualdad material y la valoración de las diferencias. El reconocimiento que el punto de partida entre hombres y mujeres no es el mismo, la existencia de relaciones de poder desigual. La aprobación de que estas medidas deben estar dirigidas tanto al ámbito público como privado.

Las acciones positivas, en general, pretenden establecer la igualdad entre hombres y mujeres eliminando especialmente las desigualdades de hecho. Las acciones afirmativas y la discriminación positiva o inversa son políticas correctoras de las desigualdades sociales en sociedades patriarcales como las latinoamericanas.

“Las acciones positivas pueden ser definidas como 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”<sup>108</sup>.

107 BARREIRO, Kine: “Cuotas de participación”. San José; Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia, Programa de la Ciudadanía. 1995, pág. 2. En: CAMACHO, R., LARA, S., SERRANO, E.: *Las Cuotas Mínimas de Participación de las Mujeres: Un mecanismo de acción afirmativa. Aportes para la discusión*, San José, Costa Rica, 1996, pág. 39.

108 RUIZ-MIGUEL, A.: “Discriminación inversa e igualdad”, en: *El concepto de igualdad*, Ed. P. Iglesias, Madrid, España, 1994, pág. 80.

#### 4. LAS DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE ACCIÓN POSITIVA Y DISCRIMINACIÓN INVERSA

Por el contrario, la discriminación positiva o inversa, es una variedad específica de las acciones positivas,<sup>109</sup> pero más incisiva y se aplica a colectivos sociales concretos (mujeres, negros, personas con discapacidades) con características externas inmodificables y cuya valoración social es negativa por parte de la ideología predominante. Este tipo de discriminación, junto con otros fenómenos más o menos próximos a ella, es una forma de diferenciación para la igualdad que, por medio de políticas, persigue que se traten “desigualmente a quienes son desiguales”, con objeto de promover a los que se encuentran en situaciones menos favorables -por diversas causas- y disminuir o modificar las relaciones sociales, culturales y económicas<sup>110</sup>.

Estas medidas, aplicadas al campo del derecho, tratan de regular situaciones de escasez (bienes

materiales y de otra índole, servicios, etc.). Son limitadas puesto que se aplican provisionalmente y su finalidad es beneficiar a grupos que han estado sometidos a situaciones de marginación estructural. “Las discriminaciones inversas se justifican por su finalidad de remediar los 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 discriminaciones inversas se transforman en inaceptables discriminaciones directas”<sup>111</sup>

En cuanto a la cuestión de la justificación de la utilización de medidas de acción positiva, en general, y de discriminación inversa, en particular al caso de las mujeres y las personas de diversa condición sexo genérica, es fáticamente fácil demostrar que la categoría de sexo sigue siendo relevante a la hora de discutir el estatus jurídico de la igualdad,<sup>112</sup> de tal modo que

109 Sobre el particular Ver: GARCÍA AÑÓN J. “Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa. Los problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, En: Caicedo D. Porras A. *igualdad y no discriminación, el Reto de la Diversidad*, Ministerio de Justicia, Quito, 2010.

110 Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso: “La discriminación inversa e igualdad”, en: *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp 78-93. DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, pp 327-348.

111 REY MARTÍNEZ, *op.cit*, 1995, pág. 86.

112 En este aspecto hay diversidad de políticas de diferenciación para la igualdad, por ejemplo: sistemas impositivos, que atribuyen cargas fiscales desiguales según tramos de ingresos, buscan una mayor igualdad de rentas. Acciones que favorecen a colectivos o personas frente a otros, campañas para la promoción de las mujeres en el trabajo, etc. Las subvenciones para la construcción de viviendas protegidas, acciones todas estas dirigidas a eliminar o reducir las desigualdades de cualquier tipo consideradas injustas que les afectan.

justifica la aplicación de acciones positivas y acciones de discriminación positiva o inversa. Ahora bien, es un hecho que el término discriminación inversa<sup>113</sup> no expresa con exactitud la justificación de las medidas dirigidas a algunos sectores de la sociedad, sino que convierte en opacos los fundamentos, medios y fines que constituyen estas políticas<sup>114</sup>. El concepto posee una carga peyorativa que tiende a confundirlo con la “discriminación clásica o tradicional”, lo cual resulta en la creación de situaciones injustas.

Las acciones positivas en general, junto con la normativa encaminada a prohibir el uso de ras-

gos para discriminar,<sup>115</sup> integran la tutela antidiscriminatoria, y cumplen la función de favorecer el cumplimiento de la igualdad en nuestras sociedades. En este sentido, Sáez Lara afirma:

*“El término jurídico discriminación se ha ido configurando pues en el Derecho Internacional Público, en su acepción negativa de conducta o tratamiento en relación con los integrantes de grupos naturales o sociales minoritarios o con las mujeres, sobre la base de pertenecer a este grupo...”*

113 Algunos autores, como Peces-Barba, coinciden en que la discriminación inversa se fundamenta en el principio de igualdad-solidaridad. Presentan un matiz, al plantear dos caras de la igualdad: la formal y la material. En esta temática en concreto lo que se plantea es la vinculación entre la igualdad formal como diferenciación y la igualdad material. Para otros autores, como Laporta, dicha diferencia no existe. “La igualdad de trato formal como diferenciación es un elemento de conexión con la igualdad material, puesto que el establecimiento de los datos relevantes, que aquí sólo tiene una repercusión jurídica dentro del sistema, aplicando o no una norma jurídica determinada, puede abrir la puerta a reflexiones sobre criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de necesidades importantes” G.PECES-BARBA, *op. cit.*, p. 245.

114 Para el profesor Ruiz Miguel, al referirse a las medidas y fines y a la consideración que algunos/as autores/as hacen sobre si estas medidas pueden ser consideradas injustas desde un sentido moral como jurídico nos dice: “La respuesta ha de ser negativa, y por dos razones: la primera es que el medio empleado, es decir, la medida de diferenciación que privilegia a determinadas personas,

no comportan los rasgos negativos de minusvaloración que sí conllevan las injustas discriminaciones tradicionales; la segunda es que el fin de tales medidas es la superación de graves desigualdades previas y, por tanto, las consecuencias de unas relaciones más justas entre distintos grupos sociales. De esta forma, la diferenciación para la igualdad reclama una integración entre la igualdad ante la ley o formal y la igualdad sustancial...” (*op. cit.*, p. 87).

115 Estas medidas que desarrollan el principio de igualdad a través de las políticas de “no discriminación” cancelan ciertos rasgos distintivos como razones relevantes para diferenciar y asignar consecuencias normativas en la elaboración o aplicación de las leyes. Ejemplo de esto lo encontramos en las normas que se aplican para erradicar las discriminaciones directas en el ámbito laboral. Estas pueden tener consecuencias perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo, a causa de la diferencia sexual. (Sentencia del Tribunal Constitucional. núm. 175/1989; B.O.E. de 22 de julio de 1991. Recurso de Amparo).

*La tutela antidiscriminatoria no se detiene en la prohibición de tales conductas o prácticas, sino que abarcará también la adopción de medidas positivas dirigidas a su erradicación”.*<sup>116</sup>

Para una adecuada comprensión de esta temática resulta importante distinguir entre “diferenciación” y “discriminación”. Entre los órganos internacionales para la protección de los derechos humanos existe un consenso en el sentido de que, “no todo trato diferente es necesariamente discriminatorio”<sup>117</sup>.

Las convenciones internacionales sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en sus artículos 1(4) y 4(1), nos señalan que las distinciones basadas en raza o el sexo no constituyen discriminación cuando buscan asegurar a los grupos marginados o discriminados un disfrute igual de los derechos y libertades fundamentales.

El artículo 4 de la CEDAW reconoce que, aun en los casos que se otorgara igualdad a la mujer como una cuestión de derecho, esto no equivale a una garantía de igualdad de oportunidades y trato en los hechos. Por lo tanto se permite la adopción de medidas especiales para corregir las condiciones persistentes de discriminación de hecho mientras estas persistan y hasta que se alcance la igualdad de oportunidades, por lo tanto estas medidas no constituyen discriminación.

En relación a este tema el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer hizo hincapié entre la distinción de igualdad formal y la igualdad de hecho y en el papel de las medidas especiales de carácter temporal en su Recomendación General N° 5 (séptima sesión, 1988) “si bien se han conseguido progresos apreciables en lo tocante a la revocación o modificación de leyes discriminatorias, sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendientes a promover

---

116 SÁEZ LARA, Carmen: *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.

117 C.I.D.H. Opinión Consultiva 4\84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización,

párrafos, 56 y 57: “ No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas (...) no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”

de facto la igualdad entre el hombre y la mujer” y recomienda “que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cuotas para hacer que progrese la integración de la mujer en la educación, la economía, la política y el empleo”.

Respecto a las acciones positivas, no podríamos asegurar que exista un consenso. Por el contrario, se cuestiona que sea la opción más adecuada para promover sectores que, por diversas condiciones y causas, se encuentran bajo los mínimos de un nivel de vida adecuado.

Desde este punto de vista, las acciones positivas encuentran su fundamentación, en los argumentos de autores como Garzón Valdés, Nino, Hart, Rawls, al referirse a la necesidad de los deberes positivos generales. Desde diferentes perspectivas, sostienen la necesidad de extender la autonomía de la voluntad de los sujetos hacia el logro de sus planes de vida. Para esto se justifica restringir la autonomía de unos con el propósito

de ampliar la de muchos. Por supuesto siempre que la autonomía del tercero obligado, no disminuya hasta un nivel inferior al del grado de autonomía del titular del derecho. En esta misma línea argumentativa, se plantea la necesidad de maximizar la situación de los que menos tienen, con políticas que aumenten su autonomía, con los límites antes señalados.

En ese sentido, las medidas de acción positiva responderían más a criterios de igualdad o de solidaridad, en la línea planteada por autores como Adela Cortina, Victoria Camps, Jesús González Amuchastegui<sup>118</sup>; mientras que la legislación antidiscriminatoria podría fundamentarse en la solidaridad, si la pensamos como un principio rector de la vida humana en sociedad que permite superar prejuicios egoístas, para configurar un sistema jurídico-político que responda más a criterios de igualdad.<sup>119</sup>

118 Al respecto véase: SÁEZ LARA, Carmen: *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Editorial Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, pág 36. NINO, Carlos: *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo y fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús: “Notas para la Elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, en: Revista

*Sistema* Nº 101. CAMPS, Victoria: *Virtudes Públicas*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 1990.

119 GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús: “Notas para la Elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, en *Revista Sistema* Nº 101.



## 5. LA RECOMENDACIÓN 25 del Comité de la CEDAW

La recomendación 25 de la CEDAW<sup>120</sup> precisa aún más el concepto y alcance de las medidas especiales de carácter temporal, al destacar que el Comité considera que **un enfoque estrictamente jurídico** puramente formal, **no es suficiente** para lograr la igualdad de hecho entre mujeres y hombres (igualdad sustantiva), que de las obligaciones que se desprenden de la Convención está **que las mujeres tengan las mismas oportunidades desde el primer momento** y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados.

La recomendación general enfatiza que las medidas especiales son un medio para hacer reali-

dad la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y no una excepción a las normas de no discriminación e igualdad y que persiguen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito y de ninguna manera deben ser consideradas como medidas cuyo objetivo es discriminar a los hombres y recuerda que existe la obligación de adoptar y aplicar todas las medidas que sean apropiadas para erradicar la discriminación y lograr así la igualdad sustantiva.

Asimismo los Estados consideran que las condiciones generales que garantizan los derechos de la mujer y la niña y que tienen como objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación no pueden ser llamadas medidas especiales de carácter temporal.

Estas medidas puede ser de diferente índole o naturaleza como instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria (programas de divulgación o apoyo; asignación o reasignación de recursos; trato preferencial; determinación de metas o materia de contratación y promoción; sistemas de cuotas, entre otras y pueden ser aplicadas por la administración pública, en la educación, economía, política, empleo, en los créditos y préstamos, en el deportes, cultura, esparcimiento, en la divulgación de conocimientos jurídicos,

---

120 En su vigésimo período de sesiones (1999), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer decidió, en virtud del artículo 21 de la convención, elaborar una recomendación general sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la convención, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Esta nueva recomendación general complementaría, entre otras cosas, recomendaciones generales previas, incluidas la recomendación general N° 5 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre medidas especiales de carácter temporal, la N° 8 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre la aplicación del artículo 8 de la convención y la N° 23 (16° período de sesiones, 1997) sobre la mujer y la vida pública, así como informes de los Estados partes en la Convención y las observaciones finales formuladas por el Comité en relación con esos informes.

en la representación a nivel internacional y participación en organizaciones internacionales).

Es importante tener en claro que las medidas están destinadas a alcanzar un objetivo específico y que las mismas se suspenden cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un período de tiempo. La duración se determina teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto y no estableciendo un plazo determinado.

El Comité recomienda a los Estados que deberían incorporarse en la legislación medidas concretas que regulen el principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres. En el caso ecuatoriano incluye también a las personas de diversa condición sexo genérica. Entre las recomendaciones están:

- a. Distinguir entre Medidas Especiales de Carácter Temporal (MECT) y otras políticas sociales.
- b. Analizar la situación de la mujer en el ámbito específico.
- c. Evaluar la posible repercusión de las MECT.
- d. Explicar las razones de un tipo de medida u otro, así como la relación entre dichas medidas y los esfuerzos generales para mejorar la situación de la mujer.
- e. Facilitar **detalles sobre la legislación** relativa a MECT.
- f. Incluir **detalles de los planes de acción** para crear vías de acceso para la mujer y superar su representación insuficiente en ámbitos concretos, redistribuir recursos y poder en determinadas áreas y poner en marcha cambios institucionales.
- g. Describir **resultados** de las MECT y evaluar las causas de su posible fracaso.
- h. Informar sobre las **instituciones encargadas** de elaborar, aplicar, supervisar, evaluar y hacer cumplir las MECT.
- i. Llevar a cabo un proceso de **colaboración** y consultas con la sociedad civil y con organizaciones no gubernamentales.
- j. Presentar **datos estadísticos** desglosados por sexo.
- k. Indicar el **número de mujeres** a las que se refiere la medida, el número de las que ganarían acceso y participarían en un ámbito determinado, o los recursos y el poder que trata de redistribuir, entre qué número de mujeres y en qué plazos.
- l. Incluir referencias a **objetivos, fines concretos, plazos, razones de la elección** de MECT, medios para permitir que las mujeres se beneficien e instituciones.

## VI. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO Y SUS IMPLICACIONES EN LA ACCIÓN Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

### A. ¿QUÉ SIGNIFICA QUE UNA POLÍTICA TENGA VISIÓN DE GÉNERO?

Para contestar esta pregunta hay que tener en cuenta que en los últimos años se produjo un importante avance en las ciencias sociales, al incorporarse los denominados estudios de género como un nuevo paradigma. Sin dudarlo, la categoría género es una de las contribuciones teóricas más significativas del feminismo contemporáneo y surgió para explicar las desigualdades entre hombres y mujeres, poniendo el énfasis en la noción de multiplicidad de identidades.<sup>121</sup>

Hoy en día existe algún acuerdo acerca de que es ineludible distinguir entre sexo y género. El sexo atañería a un hecho biológico, producto de la diferenciación sexual, que implica un proceso complejo. A la interpretación social y cultural que se hace de este proceso se lo denomina género.

En ese sentido a pesar de ciertos matices, en general, la categoría de género es una definición de carácter histórico y social acerca de los roles, identidades y valores que son atribuidos a

hombres y mujeres e internalizados mediante los procesos de socialización. Algunas de sus principales características y dimensiones son: 1) se trata de una construcción social e histórica (por lo que puede variar de una sociedad a otra y de una época a otra); 2) es una relación social (porque descubre las normas que determinan las relaciones entre mujeres y varones); 3) es una relación de poder (porque nos remite al carácter cualitativo de esas relaciones); 4) es una relación asimétrica; si bien las relaciones entre mujeres y varones admiten distintas posibilidades (dominación masculina, dominación femenina o relaciones igualitarias), en general estas se configuran como relaciones de dominación masculina y subordinación femenina; 5) es abarcativa (porque no se refiere solamente a las relaciones entre los sexos, sino que alude también a otros procesos que se dan en una sociedad: instituciones, símbolos, identidades, sistemas económicos y políticos, etc.); 6) es transversal (porque no están aisladas, sino que atraviesan todo el entramado social, articulándose con otros factores como la edad, estado civil, educación, etnia, clase social, etc).

---

121 Gamba S. *Diccionario de estudios de género y feminismos*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2008.

En definitiva, lo femenino y lo masculino se conforman a partir de una relación mutua, cultural e histórica. El género es una categoría transdisciplinaria que desarrolla un enfoque globalizador y remite a los rasgos y funciones psicológicos y socioculturales que se le atribuye a cada uno de los sexos en cada momento histórico y en cada sociedad. Se parte de la conciencia de que las elaboraciones históricas de los géneros son sistemas de poder, con un discurso hegemónico y pueden dar cuenta de la existencia de los conflictos sociales; y de que la problematización de las relaciones de género logra romper con la idea del carácter natural de las mismas. En ese sentido, lo femenino o lo masculino no se refiere al sexo de los individuos, sino a las conductas consideradas femeninas o masculinas.

La categoría de género, entonces, puede entenderse como una explicación acerca de las formas que adquieren las relaciones de poder entre los géneros, que algunos consideran como una alternativa superadora de otras matrices explicativas, como la teoría del patriarcado.

En cuanto a la historia del término género, nos dice Martha Lamas<sup>122</sup> que a pesar de algunos antecedentes indispensables, como la publica-

ción del Segundo Sexo de Simone de Beauvoir, este solo comienza a circular en las ciencias sociales y en el discurso feminista con un significado propio y como una acepción específica a partir de los años setenta, pero solo a fines de los ochenta y comienzos de los noventa el concepto adquiere consistencia y comienza a tener impacto en América Latina. Desde entonces las intelectuales feministas logran instalar en la academia y las políticas públicas la denominada “perspectiva de género”.

La perspectiva de género opta entonces por una concepción epistemológica que se aproxima a la realidad desde las miradas de los géneros y sus relaciones de poder. Sostiene que la cuestión de los géneros no es un tema a agregar como si se tratara de un capítulo más en la historia de la cultura, sino que las relaciones de desigualdad entre los géneros son estructurales al propio concepto de discriminación, adquiriendo expresiones concretas en todos los ámbitos de la cultura: el trabajo, la familia, la política, las organizaciones, el arte, las empresas, la salud, la ciencia, la sexualidad, la historia.

En ese sentido, y esto es muy importante para la comprensión de la ley ecuatoriana de igualdad entre mujeres y hombres y personas de diversa condición sexo genérica, la mirada de género no está supeditada a que la adopten las mujeres ni está dirigida exclusivamente a ellas, sino que

---

122 Lamas M. “Género, diferencia de sexo y diferencia sexual” En: *¿Género?*, *Debate Feminista*, Año 10, Vol. 20, México, 1999.

abarca a todas las personas que por las razones que sean se encuentren situadas en el lugar y cumplan el rol que históricamente se ha dado a las mujeres y en general a lo femenino.

Ahora bien, volviendo a la pregunta inicial: ¿qué significa que una política tenga visión de género? Si concebimos a las políticas públicas como el conjunto de acciones que realizan las autoridades públicas en el seno de la sociedad, para alcanzar los objetivos sociales establecidos normativamente a través de los mecanismos establecidos para ello; y si conocemos sus distintos componentes, y tenemos una definición clara de beneficios y repercusiones de una determinada acción política en el desarrollo social; en la economía, en la política, en la cultura; podemos comprender la profunda significación de adoptar un modelo de política donde toda la acción de las autoridades públicas esté marcada por el género.

Una política, y en particular una política pública, de cualquier naturaleza, (derechos humanos, familia, política internacional, política de defensa y seguridad pública, salud, educación, infraestructura, vialidad, investigación y desarrollo, etc.) tendrá visión de género si en cualquiera de sus fases, formulación, ejecución y evaluación, están pesadas y tienen como finalidad última la consecución de la igualdad real entre mujeres y

hombres, y entre estos y todas las personas que se encuentren en una situación de desventaja o subordinación en relación con el sexo o el género.

Para alcanzar la igualdad y la eliminación de las razones de discriminación por razones de sexo o género se requiere: reconocer previamente a cada una de las acciones públicas a) las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los hombres como grupo social y discriminatorias para las mujeres; b) entender y asumir que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y afectan a todas las personas; y que c) esas concepciones y relaciones de poder atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y la religión; y que por lo tanto, d) las políticas públicas sectoriales están y deben estar determinadas transversalmente por las determinaciones que se tomen en relación y a favor de la eliminación de la discriminación por razones sexo genéricas.

## B. ¿QUÉ ES EL *MAINSTREAMING* DE GÉNERO?

Concordante con lo anterior, el *mainstreaming* de género es un término y una práctica asumidos explícitamente por la Plataforma para la Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre

Mujeres de Naciones Unidas que se celebró en Pekín en 1995<sup>123</sup>. La Plataforma de Pekín requiere a “los gobiernos y otros actores promocionar una política activa y visible del mainstreaming de género, en todas las políticas y programas, para que, antes de que se tomen las decisiones, se realice un análisis de los efectos producidos en mujeres y hombres, respectivamente”.

El grupo de expertos del Consejo de Europa lo define de la siguiente forma: ‘El mainstreaming de género es la reorganización, la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas’.<sup>124</sup>

---

123 El enfoque de género ya estuvo presente, aunque de forma tímida, en la Segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Nairobi (1985) y en 1992 la Unidad de la Mujer en el Desarrollo de Naciones Unidas pasó a llamarse Programa de Género en el Desarrollo. Sin embargo, la utilización del término “género” y, concretamente, el *mainstreaming* de género se convirtió en principio guía de todo el pensamiento sobre desarrollo en el sistema de la ONU solo a partir de la Conferencia de Pekín.

124 CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de “buenas prácticas”. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-SMS)*, (versión español e inglés), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999, p. 26.

La definición del grupo de expertos del Consejo de Europa destaca cinco elementos clave en la estrategia del mainstreaming de género para su correcta aplicación: un concepto más amplio de igualdad de género, la incorporación de la perspectiva de género en la agenda política dominante, la participación equilibrada de las mujeres en los procesos de toma de decisiones, la prioridad otorgada a las políticas de género y a las que tienen especial relevancia para las mujeres, y un cambio de las estructuras institucional y organizativa que afecta al proceso político, los mecanismos, y los actores políticos.<sup>125</sup>

## 1. UN CAMBIO EN EL CONCEPTO DE IGUALDAD DE GÉNERO, MÁS AMPLIO DEL EXISTENTE

Dicho concepto incluye no solamente igualdad jurídica o formal sino también la igualdad material o real. Esta última requiere la adopción de una variedad de estrategias, desde la igualdad de oportunidades a las acciones positivas, al mainstreaming y a otros instrumentos. Además se exige la aplicación de “una perspectiva de género y no un enfoque limitado a los problemas de las mujeres”,<sup>126</sup> lo cual significa tener

---

125 CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género*, op. cit., pp. 39 y ss.

126 CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género*, op. cit., p. 32.

en cuenta las relaciones entre mujeres y hombres y el papel que cada género desempeña en afectar las oportunidades y el estilo de vida del otro. Una noción más amplia de igualdad necesita, asimismo, un enfoque más global que combata explícitamente el sistema patriarcal, centrándose en las causas múltiples y entrelazadas que crean una relación desigual entre los sexos a desventaja de las mujeres en distintos sectores.<sup>127</sup>

En el caso ecuatoriano una ampliación del concepto de igualdad de género, y la superación de la sinonimia género=mujer, permite considerar dentro de las políticas públicas transversales de igualdad, acciones específicas para personas que no siendo mujeres, o no estando vinculadas a la lucha y a las reivindicaciones concretas que se han producido desde la óptica feminista, sin embargo, actúan y se ven compelidas a actuar, en función de la organización social patriarcal prevaleciente, como si fueran mujeres o como si estuvieran en el lugar de lo femenino. Este es el caso particular de las personas con distinta condición sexo genérica, quienes históricamente, al igual que las mujeres han sido invisibilizadas y desplazadas en razón a su particular lugar

en el esquema de la división binaria entre sexo y género. En ese sentido la ley ecuatoriana se constituye en un hito en el reconocimiento de estas situaciones de discriminación.

## 2. LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA AGENDA POLÍTICA DOMINANTE

La incorporación de la perspectiva de género en la agenda política dominante implica “abordar los problemas de igualdad de género dentro de las tendencias dominantes de la sociedad, siendo las tendencias dominantes las direcciones, las organizaciones y las ideas que crean decisiones sobre política y los recursos que contemplan políticas generales o específicas”.<sup>128</sup>

Por lo tanto, el mainstreaming significa que los problemas de igualdad de género tendrían que ser tratados dentro del trabajo sobre la educación, o sobre el transporte. Referencias a los temas de género y consideraciones relativas a la medida en la que una iniciativa política podría afectar a mujeres y hombres de forma diferente/discriminatoria (y a como esto se podría evitar) deberían encontrarse en cada ámbito político.

---

127 LOMBARDO, E., “El mainstreaming de género en la Unión Europea”, en: *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, vol. 10-15, Mayo-Diciembre 2003, pp. 6-11.

---

128 CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género*, op. cit., p. 25.

### 3. LA INCLUSIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN INSTITUCIONES Y PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES

El *mainstreaming* de género requiere conseguir la democracia paritaria, que es la igual representación de mujeres y hombres en la toma de decisiones. Un número siempre creciente de provisiones de la Unión Europea sostienen la necesidad de una participación equilibrada de mujeres y hombres en el proceso de toma de decisiones y en los comités y grupos de expertos de la Comisión. La Decisión de la Comisión 2000/407 recomienda que la participación de las mujeres debería ser al menos de 40%.

Este elemento está directamente relacionado con la estrategia del empoderamiento de las mujeres, en el sentido de “valorar y fortalecer sus formas de hacer, de ejercer el poder y de relacionarse. El concepto de empoderamiento posee una doble vertiente. Por una parte, se refiere a la capacidad de las mujeres para acceder a aquellos puestos donde se toman decisiones. Por otra, a la revalorización de la aportación de las mujeres. Este concepto, al igual que el de ciudadanía, se vincula directamente con el de autonomía, es decir, con la capacidad de las mujeres para adoptar sus propias decisiones. La autonomía va más allá de la mera independencia (entendida como sentimiento subjetivo),

ya que precisa de un pacto: no basta con que sea asumido por las propias mujeres, sino que tiene que ser reconocido por la sociedad en su conjunto.

“La estrategia de empoderamiento de las mujeres abarca actuaciones en las áreas de educación, empleo, participación económica y política, y fortalecimiento personal y asociacionismo, de manera simultánea e interrelacionada.

“Requiere, asimismo, desarrollar el concepto de corresponsabilidad más allá de la conciliación. Si la conciliación se entiende como la posibilidad de que las mujeres compatibilicen la esfera privada y la pública (laboral, política y social), el concepto de corresponsabilidad se refiere a la necesidad de que hombres y mujeres, titulares de los mismos derechos, se erijan, al tiempo, en responsables de similares deberes y obligaciones en los escenarios público y privado, en el mercado laboral, en las responsabilidades familiares y en la toma de decisiones”.<sup>129</sup>

129 Instituto de la Mujer, *Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011*, diciembre 2007, p. 7.



4. LA PRIORIDAD DADA A LAS POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO Y A LAS QUE TIENEN ESPECIAL RELEVANCIA PARA LAS MUJERES (COMO, POR EJEMPLO, LAS POLÍTICAS SOCIAL Y FAMILIAR), CON EL OBJETIVO DE CONSEGUIR LA IGUALDAD SUSTANCIAL

Se necesitan pruebas de que los objetivos de igualdad de género y las políticas que afectan especialmente a las mujeres hayan tenido prioridad sobre otros objetivos importantes (en términos de recursos financieros y humanos, tipo de medidas adoptadas, etc.). En definitiva, una voluntad política clara y demostrable, fuerte, que no quede en mera declaración de intenciones.

5. UN CAMBIO EN LAS ESTRUCTURAS (Y CULTURAS) INSTITUCIONAL Y ORGANIZATIVA

Tres aspectos se pueden destacar en este cambio: a) el proceso político; b) los mecanismos políticos; c) los/las actores/trices políticos/as.

Un cambio en el proceso político quiere decir que este último “se reconstruye para que los/las actores/trices comúnmente involucrados tengan en cuenta una perspectiva de género y se alcance la meta de la igualdad de género”<sup>130</sup>.

Como explica el grupo de expertos del Consejo de Europa, esto puede significar tanto que ‘el proceso de política se reorganice de forma que los actores ordinarios sepan como incorporar una perspectiva de género’ como que la competencia de género (es decir, los expertos en este ámbito) se incluya ‘como un requerimiento normal para los que toman decisiones’<sup>131</sup>.

Un cambio en los mecanismos políticos exige dos condiciones:

1. Una *cooperación horizontal* en asuntos de género entre todos los ámbitos, departamentos y niveles (nacional, regional y local) políticos. La coordinación interdepartamental se suele enfrentar con obstáculos como la parcelación característica de la estructura burocrática del trabajo institucional, la poca costumbre de trabajar en equipo y de forma coordinada, y el carácter jerárquico, es decir vertical, de la cultura de trabajo existente, mientras que la transversalidad requiere que todo el mundo esté al mismo nivel, es decir horizontalidad. A estos se puede añadir la escasa concienciación en igualdad de género e incluso resistencia a trabajar en asuntos de igualdad debido a prejuicios culturales sexistas, tanto por parte de responsables técnicos como políticos.

130 CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género*, op. cit., p. 28.

131 CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género*, op. cit., p. 27.

2. El uso de *herramientas y técnicas* adecuadas para integrar la variable de género en todas las políticas, hacer un seguimiento y evaluar estas últimas desde la perspectiva de género. La recogida de datos estadísticos desagregados por género y la realización de encuestas, pronósticos o análisis de coste-beneficio desde una perspectiva de género permiten trazar con mayor precisión la situación socioeconómica de ambos sexos y ofrecen información sobre el impacto que puedan tener las decisiones políticas en las diversas condiciones de vida de mujeres y hombres. Los métodos de evaluación del impacto de género permiten analizar *ex ante* las consecuencias que una determinada propuesta política podría tener para la igualdad de género, con el fin de poder remediar los efectos negativos antes de que se tome la decisión. “Un análisis desde una perspectiva de género ayuda a ver si las necesidades de las mujeres y de los hombres se tienen en cuenta igualmente y si han sido atendidos en la propuesta”<sup>132</sup>.

Un cambio en los/as actores/trices que participan en el proceso político requiere la ampliación de estos que incluya no solamente los/las actores/trices ordinarios de la política y de

la administración, sino también los expertos en igualdad de género (como los organismos de promoción de la igualdad de género nacionales, regionales y locales) y la sociedad civil (organizaciones no gubernamentales, grupos de interés, asociaciones, movimientos sociales y representantes de trabajadores/as y empresarios/as). Para la puesta en práctica del *mainstreaming* de género se consideran necesarios tanto la apertura de nuevos canales de consulta de y cooperación con actores/trices de la sociedad civil, como el reforzamiento de los canales existentes.

Por lo que se refiere a la Unión Europea, el Tratado de la Comunidad Europea, en la reforma de Ámsterdam de 1997, ha reconocido un papel prominente al *mainstreaming* de género a través de la introducción de un nuevo artículo 2 que establece la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los objetivos de la Unión (junto con la convergencia económica y la promoción del empleo). Sin embargo, el artículo que más claramente refleja el espíritu de la nueva estrategia es el art. 3.2 que obliga a la UE en todas las actividades que desarrolla para cumplir con sus objetivos de tratar de eliminar las desigualdades y a promover la igualdad entre mujeres y hombres.

Pero, salvo algunas directivas y decisiones y reglamentos, que constituyen el derecho comunitario vinculante (o de obligado cumplimiento), el resto

132 CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género*, op. cit., p. 55.

de medidas para la aplicación del *mainstreaming* de género son las denominadas *soft law* (no vinculantes, como las resoluciones, recomendaciones, comunicaciones, dictámenes, etc.).

En el caso europeo, los resultados evaluados como positivos en la implementación del *mainstreaming* de género se refieren a la incorporación de esta perspectiva a la utilización de los fondos estructurales, a los temas relativos a la investigación científica y a los programas de cooperación europeos.<sup>133</sup> Un aspecto en la evaluación positiva de la implementación de GM en Europa tiene que ver con el surgimiento de una institucionalidad tanto formal como informal -el Lobby Europeo de Mujeres articulado con la Comisión de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo, grupos de presión de mujeres y parlamentarias europeas y nacionales, y el reciente Instituto Europeo de la Igualdad de Género, entre otros- que ha influenciado las decisiones comunitarias, creando un espacio político simbólico que a su vez ha influido en los países más atrasados en materia de políticas de igualdad.

---

133 Sin embargo, algunas investigaciones han analizado la implementación de GM en los fondos estructurales de la UE y concluyen que la Comisión Europea ha puesto más énfasis en la formulación política que en el desarrollo de procedimientos e instrumentos que garanticen la traducción de la política a la práctica. Vid. RIGAT-PFLAUM, M., "Gender Mainstreaming...", *op. cit.*, p. 6.

Por otra parte, entre los motivos por los que el *mainstreaming* de género está tardando en ser aplicado efectivamente en las instituciones y procesos políticos cabe destacar el de una comprensión incorrecta del concepto.

En muchos casos, el *mainstreaming* de género ha sido interpretado como una indicación de reemplazar las políticas específicas de igualdad de género y los organismos competentes, pese a las recomendaciones del grupo de expertos del Consejo de Europa de que esta última era una interpretación errónea de la estrategia. El informe de los/as expertos/as advierte de que el *mainstreaming* y la política específica de igualdad forman una estrategia 'doble' y que ambos son necesarios para el conseguimiento de la igualdad real entre mujeres y hombres. En efecto, no es posible incorporar la perspectiva de género en la agenda política dominante sin el apoyo de los /as expertos/as en igualdad de género y sin la acción conjunta de todas las estrategias políticas para la igualdad actualmente existentes, desde la igualdad de oportunidades a las acciones positivas. La misma definición de *mainstreaming* de género, además, recomienda dar prioridad a los objetivos y a las políticas de género<sup>134</sup>.

---

134 LOMBARDO, E., "El *mainstreaming* de género...", *op. cit.*, pp. 8-9.

Desde el derecho internacional, y especialmente desde el derecho comunitario, la igualdad de mujeres y hombres aparece como un elemento transversal a la determinación y ejecución de las políticas públicas. Ya la Declaración y la Plataforma de Acción de Pekín introdujeron en el acervo jurídico la transversalidad (*mainstreaming*) de la igualdad, y el Tratado de Ámsterdam consolidó este concepto para el acervo comunitario.

Los tratados comunitarios regulan la igualdad entre las mujeres y los hombres mediante una configuración compleja. El Tratado de Ámsterdam incluye la igualdad desde diferentes manifestaciones jurídicas. En el art. 2 TCE, la igualdad constituye una misión de la Comunidad. En el art. 3 TCE, la igualdad es un medio de acción para conseguir los fines del art. 2 y un objetivo que debe estar presente en todas las políticas comunitarias. El art. 13 TCE permite a las instituciones comunitarias, en su respectivo ámbito competencial, la adopción de medidas dirigidas a la lucha contra toda discriminación por razón de sexo o de orientación sexual. De esta manera, con estas previsiones del Tratado de Ámsterdam, las recomendaciones de la Declaración y la Plataforma de Acción de la IV Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Mujer, que tuvo lugar en Pekín en septiembre de 1995, se han introducido en el derecho comunitario y, sub-

siguientemente, en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la Unión.

Por otra parte, es necesario señalar que, como consecuencia del reenvío realizado por el art. 6 del Tratado para la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las tradiciones constitucionales comunes, como principios generales del derecho comunitario que deben ser garantizados y preservados por la Unión, nos encontramos ante la igualdad y la no discriminación en tanto que derecho fundamental estrechamente ligado, en su interpretación y aplicación, a los Derechos Fundamentales de la Carta, donde la igualdad debe ser garantizada “en todos los ámbitos” (art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales).

De esta forma, el derecho comunitario formaliza, en forma vinculante, la perspectiva de género o igualdad transversal como un instrumento que debe necesariamente ser utilizado en la elaboración, interpretación y aplicación de todas las normas y todas las políticas comunitarias. Lo que equivale a decir que la Unión debe respetar y promover la igualdad de mujeres y hombres en el ejercicio de todas sus competencias.

Por otra parte, la Comisión Europea ha definido a la igualdad transversal como fundamento de la democracia y lamenta las insuficiencias que todavía existen respecto de la igualdad de oportunidades,

así como las confusiones conceptuales que todavía están presentes en relación con la dimensión transversal de la igualdad. En efecto, la transversalidad, lejos de poder ser considerada como un medio para promover únicamente los derechos de las mujeres, debe ser concebida como un instrumento para movilizar explícitamente, hacia el objetivo de la igualdad, el conjunto de las acciones y políticas generales.

Desde esta perspectiva, la introducción del *mainstreaming* de género, y la conversión de la igualdad de oportunidades en un eje transversal de todas las políticas públicas, así como la construcción de indicadores de resultado e impacto de esta política, es un elemento en el que han venido insistiendo todos los organismos internacionales en los últimos años. Entre tales indicadores, se pueden sugerir los siguientes:

- Desagregación por sexo de todo dato estadístico, como instrumento previo, para que el análisis de género sea correcto.
- Utilización de un lenguaje pertinente desde la perspectiva de género, pues a veces se tendrá que “neutralizar” el lenguaje, mientras que en otras será necesario utilizar un lenguaje de sexo específico.
- Investigación sobre la utilización de los recursos por parte de ambos sexos, para

determinar en forma desagregada la utilización del tiempo, del espacio, del dinero, de la información, en cada una de las políticas públicas.

- Examen de la configuración de los estereotipos sociales y las expectativas profesionales para cada uno de los sexos, a fin de verificar su grado de influencia en la situación real de cada uno de ellos en relación con una política concreta.
- Análisis de las normas jurídicas en vigor y de la jurisprudencia, para determinar si tienen o no incidencia en la situación real de las mujeres y los hombres.
- Implementación de normas de carácter presupuestario y financiero, para aplicar el *mainstreaming* en todos los ámbitos, puesto que de otro modo la política de igualdad de oportunidades resulta impracticable.
- Evaluación del impacto de género de las normas y las políticas, para verificar la adecuación de la legislación, la jurisprudencia y la práctica administrativa a las exigencias de la igualdad.

En el análisis de género intentamos encontrar respuesta a unas preguntas clave, siempre desagregadas por sexo, para poder ver:

- ¿Quién hace qué?
- ¿Quién tiene acceso a qué?
- ¿Quién tiene el control sobre qué?
- ¿Qué diferencias existen y por qué?
- ¿Cuáles son los factores clave que influyen sobre el impacto de género?

Además, la utilización sistemática de la evaluación del impacto de género permite obtener información y preparar políticas y programas más acertados y justos respecto de:

- Las diferentes perspectivas, roles, necesidades e intereses de las mujeres y los hombres en la zona, país, región o institución, incluyendo las necesidades prácticas y los intereses estratégicos de las mujeres y los hombres.
- Las relaciones entre hombres y mujeres respecto del acceso y el control de los recursos y beneficios y su participación en los procesos de decisión.
- El impacto potencial diferente de las intervenciones y programas o políticas sobre mujeres y hombres, niños y niñas.
- Las limitaciones sociales y culturales, oportunidades y puntos de intersección que permiten reducir las desigualdades de género y

promover las relaciones igualitarias entre mujeres y hombres.

- La capacidad de las instituciones para establecer políticas y programas en materia de género.
- Las diferencias entre mujeres y hombres y la diversidad de sus circunstancias y relaciones sociales (clase social, raza, casta, grupo étnico, edad, cultura, educación...).
- La necesidad de dar un trato igual a mujeres y hombres o, por el contrario, realizar regulaciones sexo específicas o establecer acciones positivas sobre el sexo menos representado en el sector a evaluar.

Aparte de estas ventajas de carácter general, se pueden también constatar otras ventajas en sectores que, en principio, parece que no tengan relación con la perspectiva de género, pero que se ha demostrado que son de gran importancia en la consecución de la igualdad entre las mujeres y los hombres. Aunque hay otros, señalaremos algunos de estos sectores como son las políticas económicas y financieras, la confección de los presupuestos y las nuevas tecnologías.

### C. EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA TRANSVERSALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Ahora bien, no hay que confundir *mainstreaming* de género con transversalidad en sentido estricto, al igual que la diferencia que existe entre acciones positivas y discriminación inversa, la transversalidad y el *mainstreaming* de género tienen una relación género–especie; y por lo tanto se puede tener una política y una práctica de transversalidad sin que eso implique necesariamente la adopción concreta de la estrategia del *mainstreaming*.

En el caso de los países que hacen parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y que se rigen por la Convención Americana de Derechos Humanos, la transversalidad no es ni se concreta en prácticas de *mainstreaming*.

La transversalidad en el contexto interamericano, y por lo tanto ecuatoriano, no está constreñida a las definiciones estatuidas por el comité de expertos del Consejo de Europa sino que debe entenderse como: un conjunto de acciones, fundamentalmente normativas y de políticas públicas, pero también atinentes al plano jurisdiccional dirigidas a convertir el principio de igualdad y la no discriminación y particularmente a la lucha contra la discriminación por

razón de sexo como el elemento fundamental de todo el orden jurídico y del sistema político democrático.

En ese sentido, el constitucionalismo garantista y en particular la definición de los Estados latinoamericanos como democracias constitucionales no dependerá ya de una mera vinculación retórica entre el sistema político y la eficacia de los derechos fundamentales como fines últimos del Estado; sino que va más allá y se concreta en el lazo específico entre la política pública y la acción de garantía que realizan los/as jueces/zas y la realización concreta del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo; de tal manera que allí donde no se garantice efectivamente la abolición progresiva de la discriminación no puede haber Estado constitucional *stricto sensu*.

La transversalidad de la perspectiva de género también implica convertir a la igualdad de mujeres y hombres en el criterio interpretativo a partir del cual se examina y se dictamina el nivel de eficacia y de compromiso de los Estados que hacen parte del sistema interamericano, en relación con los instrumentos y convenios internacionales de cualquier material, incluyendo, por supuesto, a las principales convenciones del sistema de las Naciones Unidas.

En ese sentido, la interpretación de todos los instrumentos internacionales debe hacerse a partir de la estructuración y aplicación de un nuevo principio hermenéutico que parafraseando podríamos denominar “principio de aplicación conforme a la igualdad de mujeres y hombres”; y que consistiría en que de las múltiples interpretaciones posibles, siempre será posible encontrar una interpretación estándar o adecuada en cualquier norma de derecho internacional, que será aquella que atienda de una forma más adecuada y completa las necesidades de igualdad de las mujeres y de las personas de diversa condición sexo genéricas, frente a otras visiones de la igualdad que puedan conservar una mirada neutra o androcéntrica del tema.

Esta interpretación conforme a la igualdad no es otra cosa que la aplicación de la perspectiva de género del clásico concepto desarrollado en el sistema interamericano de la llamada “interpretación autorizada” que consiste en referirse al uso de un instrumento en la interpretación de otro.

En este sentido, hoy en día existen varios criterios que se toman en cuenta a fin de determinar cuándo el contenido de un determinado instrumento puede servir para interpretar el contenido de una norma vinculante contenida en otro instrumento. La doctrina tradicional nos dice que: a) ambas normas deben estar destinadas a

proteger el mismo bien jurídico; y, b) cuando el preámbulo del instrumento principal se refiere a instrumentos complementarios, este vínculo, si bien no es decisivo, ayuda a justificar el empleo de uno para efectos de la interpretación del otro.

La idea es introducir una nueva condición para la generación de lo que se denomina “interpretación autorizada”, en el sentido de que para que pueda existir este tipo de interpretaciones debe haber también una mención y un vínculo entre las dos normas generado a partir de los condicionamientos del principio de igualdad entre mujeres y hombres.<sup>135</sup>

Indudablemente, en el momento actual no se pueden pensar democracias constitucionales que no integren el principio de igualdad sustantiva y real, el derecho a vivir una vida libre de violencia, particularmente en lo que atañe al acceso a la justicia y, por supuesto, que, para fiscalizar y medir el quehacer del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, asuman como estándares de medición los derechos humanos de las mujeres.

En definitiva, es evidente que el acceso a la justicia y a una adecuada tutela de los derechos

---

135 Ver Corte I.D.H. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205.



para las mujeres es un asunto impostergable, pero también es un imperativo para la construcción de las democracias en nuestros países. En este sentido, la justicia de género se convierte en un estándar de medición para el quehacer del Estado y una deuda pendiente de la comunidad internacional y en especial del Sistema Interamericano de la OEA. Desde esta perspectiva se podrían abordar más adecuadamente los casos, procurando interpretaciones jurídicas más armónicas con el derecho al acceso a la justicia de las mujeres.

#### D. El contenido del principio de TRANSVERSALIDAD EN EL CONTEXTO ECUATORIANO

##### 1. El contexto normativo

Constitucionalmente hablando, el principio de transversalidad está incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de dos fuentes o vías principales: en primer lugar, la noción de bloque de constitucionalidad y del concepto establecido en el artículo 11.3 de la Constitución, según el cual hacen parte de la Constitución no solo los textos constitucionales aprobados por el pueblo ecuatoriano el 20 de octubre de 2008, sino también el conjunto de instrumentos y convenios internacionales de derechos humanos. La segunda fuente constitucional del principio

de transversalidad es justamente el capítulo constitucional que regula el sistema de garantías de los derechos y particularmente los artículos 84, 85 y 86 de la Constitución.

En ese sentido, el análisis del Título IV, relativo a la Transversalización del Principio de Igualdad de Trato y Oportunidades, establecido en los artículos 34 a 36 del proyecto de ley de igualdad, es tal vez el componente más importante del presente documento, porque es aquel donde se pueden verificar el alcance concreto, los objetivos y el impacto de la ley objeto de comentario; y está determinado por el contenido y desarrollo del principio en el sistema interamericano, y al desarrollo constitucional y a la interpretación autorizada del sistema de garantías que establece la Constitución.

De acuerdo con el artículo 34, la aplicación concreta del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y personas de diversa condición sexo genérica será el eje transversal, y el elemento hermenéutico sustancia que permitirá evaluar la consistencia de la política pública y la actuación de todas las funciones del Estado, en relación con el género.

Como podrá observar el lector atento, la ley manda que todos los servidores públicos y todos los niveles de gobierno deberán trabajar de forma activa, en la adopción y ejecución de sus

disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades, el principio de igualdad y no discriminación, en los términos definidos en el bloque de constitucionalidad.

Ahora bien qué significa, según la norma citada, transversalizar la política de género. El artículo 35 de la ley dice que todas las funciones tomarán en cuenta y aplicarán (transversalizarán dice la disposición creando un neologismo) el principio de igualdad y no discriminación en sus normas, actos, resoluciones, sentencias y demás actuaciones que realicen en ejercicio de sus competencias.

## 2. LA PRIORIDAD DE LA POLÍTICA DE GÉNERO EN LA AGENDA PÚBLICA DEL ESTADO ECUATORIANO: EL ARTÍCULO 36 DEL PROYECTO DE LEY DE IGUALDAD

Conforme lo hemos analizado más arriba, tanto en desarrollo del concepto de *maistreaming*, como en el desarrollo del principio de transversalidad de género en el sistema interamericano, y por supuesto en el conjunto constitucional diseñado en Montecristi, hay un elemento esencial que a veces aparece explícito, y a veces debe entenderse que está implícito en el sistema: toda la estrategia de transversalidad está condiona-

da y se expresa en la existencia de un mandato para dar prioridad a la política de género en la agenda pública del Estado ecuatoriano.

Esta priorización imperativa se expresa de manera general en los principios expresados y contenidos de los artículos 34 y 35 de la ley, pero se materializa de forma concreta en las reglas establecidas en artículo 36 del proyecto de ley, al determinar la obligación de implementar una Estrategia Nacional de Igualdad que contenga objetivos, estrategias, políticas, actividades u metas, así como establece la obligación de los/as agentes estatales de asegurar los recursos necesarios para garantizar la igualdad material entre mujeres y hombres, todo esto en el contexto del funcionamiento del sistema nacional de planificación participativa; así como en la obligación específica de adecuar las políticas públicas más importantes establecidas en el plan de desarrollo y en los planes sectoriales a las diferentes situaciones, condiciones, necesidades e intereses de mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de intervención, para asegurar -como determina el artículo 15 del proyecto de ley- la transformación de las relaciones de poder entre mujeres y hombres; la corresponsabilidad en los distintos roles y particularmente en el rol de cuidado, la erradicación de la violencia de género, la revolución cultural que permita la transformación de los patrones socioculturales y la paridad en el ejercicio de los derechos políticos.

### 3. EL PRINCIPIO DE PARIDAD COMO ELEMENTO DE LA REALIZACIÓN EFECTIVA DE LA “CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA”

Una de las principales innovaciones de la ley de igualdad entre hombres y mujeres relacionada con el principio de transversalidad de género, es aquella que y en desarrollo de la Constitución operativiza por primera vez en el Ecuador, la paridad en el ejercicio de la política, representación y nominación de autoridades.<sup>136</sup>

Esta determinación normativa es la concreción de uno de los elementos esenciales de la agenda o Constitución democrática que hace parte integrante del texto constitucional de Montecristi, y de la que se habló en el primer capítulo de este documento. No se olvide que el concepto de democracia como régimen político establece que el pueblo posee la titularidad de la soberanía.<sup>137</sup>

---

136 Ver Proyecto de ley de igualdad entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica, Artículo 15 literal d.

137 Ver artículo 1 inciso 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

138 Aragón Reyes, M. “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”. En: Corts Valencianes, *Anuario de Derecho Parlamentario* nº 9, Valencia 2000.

Proclamar que el pueblo ejerce la soberanía impone dos exigencias que el ordenamiento jurídico debe contemplar: en primer lugar debe garantizar un sufragio universal, libre, igual, directo y secreto; y, en segundo término, debe asegurar el general y libre acceso del pueblo al sufragio pasivo, de lo contrario los ciudadanos solo elegirían pero no desempeñarían el poder, esto es, solo ostentarían el derecho a tener un gobierno elegido pero no a gobernar ellos mismos mediante elecciones.<sup>138</sup>

La idea central que hay detrás del mandato legal que aparece en el artículo 15 del proyecto de ley es eliminar de una vez y para siempre la exclusión histórica de las mujeres del ámbito político, que ha sido denunciado tantas veces.<sup>139</sup>

---

139 Olimpia de Gouges, Mary Wollstonecraft. En esta misma línea podemos situar a Hubertine Andert (1885), que lanzaba la idea de la representación igualitaria de los sexos reclamando no sólo el derecho de voto, sino la mitad de los escaños de la Cámara. Jeane Kirkpatrick, embajadora de EE.UU. en la ONU, consideraba necesario para resolver la subrepresentación política que la mitad de los senadores americanos y la mitad de los miembros de la Cámara de Representantes fueran por ley mujeres –Political Woman, 1974–) y en España la defensa de Clara Campoamor del derecho al sufragio y la dignidad de la mujer es, sin duda alguna, lo que propicia la concesión del voto a las mujeres. En este último cas, también el debate es ejemplo manifiesto de las posiciones partidistas basadas en prejuicios solo válidos para las mujeres, así como del apoyo de muchos diputados a la iniciativa de Campoamor que –como se sabe– obtuvo el respaldo necesario para ser aprobada, gracias también a la inteligencia de su defensora que conectó con lógica aplastante el derecho al voto de la mujer con la aplicación coherente de los principios republicanos y democráticos.

No hay que olvidar que, en el momento mismo en que formalmente se proclama la igualdad para todos los hombres, se olvidó o se invisibilizó al 50% de la población. Y que este “olvido” fue determinante no solo en el mantenimiento del orden social heterocentrado, sino también y fundamentalmente en los orígenes de la lucha femenina por la igualdad, cuya huella, más o menos oculta, encontramos desde el movimiento sufragista.<sup>140</sup>

La situación discriminatoria de las mujeres en lo político se hace patente a través de todos los instrumentos que la denuncian y que persiguen la obtención de la igualdad de unas con otros, y se destacan en todos los textos de Naciones Unidas que se ocupan de la situación de las mujeres y del acceso a la participación política.<sup>141</sup> Referencias que van en aumento en la medida en que se desarrolla la universalidad del derecho de sufragio y deviene inexplicable la casi nula presencia de mujeres en los puestos de decisión.<sup>142</sup>

140 Después de los primeros escritos de Gouges, Wollstonecraft y S. Mill, la Declaración de Seneca Falls fue una de las manifestaciones de este movimiento en la que parafraseando la Declaración de Independencia denunciaban las restricciones que sufrían las mujeres.

141 Ver Sevilla Merino, J. *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*. Quaderns Feministes núm. 4. Institut Universitari d'Estudis de la Dona. Universitat de València. 2004.

En Europa, por ejemplo, donde esta iniciativa por la paridad ha tenido mayor desarrollo, la reivindicación concreta nació formalmente en los años 80, enmarcada en las actuaciones de las instituciones europeas que ante un cada vez menos eficaz derecho a la igualdad concebido como igualdad ante la ley y en la ley (igualdad formal) emprendieron la construcción de un marco antidiscriminatorio definido por normas jurídicas y políticas cualitativamente diferentes. En estos textos se proclama el derecho de las mujeres a la participación política plena, no solo a emitir su voto sino también a formar parte de los órganos de decisión y se considera la democracia como deficitaria o inacabada por la escasa presencia de mujeres en las instituciones representativas. Así, la marginación de las mujeres no es solo una cuestión de mujeres. Cuando en la llamada Declaración de Atenas se dice que las mujeres representan la mitad de la población, de las inteligencias y capacidades, y que una participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones puede generar ideas, valores y comportamientos diferentes que vayan en la dirección de un mundo más justo y equilibrado, tanto para las mujeres como

142 Pekín (1995) entre las medidas concretas: “La participación de la mujer en el poder y en todos los espacios de adopción de decisiones”.

para los hombres<sup>143</sup> se está cambiando el fundamento del Estado moderno. Esta idea de que las mujeres constituyen la mitad de la humanidad, al pasar del terreno de lo obvio a ser formulado en clave política afecta a la legitimidad y justicia de la representación, que se ven notablemente afectadas cuando se constata que una de las dos mitades se arroga la representación del todo.

Esto nos lleva a la constatación de una carencia en el desarrollo y aplicación de la igualdad definida en los textos internacionales, y en nuestra Constitución, que debería haber evitado los resultados discriminatorios. En este contexto se asienta en el proyecto de ley de igualdad el contenido del artículo 15. El texto recoge, como uno de los principios fundamentales de la ley, el principio de presencia o composición equilibrada acuñado en los diferentes textos tanto de Naciones Unidas como del ámbito europeo que reclaman un equilibrio en la composición de los puestos de decisión como una referencia implícita al desequilibrio que se produce por la ausencia de mujeres u hombres en estos espacios.

En cuanto se refiere a la aplicación del principio de paridad al derecho a la participación política

---

143 Declaración de Atenas (1992). Fruto de la reunión, propiciada por la Unión Europea de mujeres que ocupaban cargos representativos en los Estados europeos y teóricas del feminismo.

este es uno de los temas más polémicos de la ley porque es el aspecto que más debate ha producido en los países que nos han precedido en su aprobación y que recuerda la polémica que provocó la constitucionalización de este derecho. La cuestión de fondo que se plantea es la temida posibilidad de que grupos sociales (étnicos, ancianos, dependientes, etc.) reivindicquen también una cuota con el consiguiente peligro de corporativización de la política.

Ahora bien, el argumento más fuerte contra este tipo de iniciativas tanto en Ecuador como en el resto del mundo es que ellas implican una vulneración de la igualdad de toda la ciudadanía por incluir en las listas electorales un porcentaje de mujeres. La paridad electoral se impugna por considerar que se establece el sexo como requisito de elegibilidad lo que quiebra la igualdad jurídica de los elegibles ya que el legislador debe ser neutral respecto al sexo, no pudiendo establecer diferencias en la categoría de ciudadano.

La respuesta, sin embargo, está en la propia jurisprudencia del sistema interamericano y en el derecho comparado. Como reiteradamente ha manifestado la CIDH y el Tribunal Constitucional español<sup>144</sup> el principio de no discriminación no implica que está prohibida cualquier diferen-

---

144 Ver Tribunal Constitucional de España STC 222/1992.

ciación normativa sino solamente aquellas que determinen realmente una diferencia peyorativa que reclame la igualdad de trato para su corrección. No obstante y, por ello, el Tribunal Constitucional establece determinadas exigencias para que la diferenciación legal sea constitucionalmente admisible desde la perspectiva de la igualdad en la ley, que por otro lado están recogidas en el texto de la ley cuando se regula el test de igualdad. En primer lugar, las diferenciaciones normativas habrán de hacer explícito un fin discernible y legítimo; en segundo término deberán ser adecuadas para cumplir con tal finalidad; por último, deberán ser proporcionales y proporcionadas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones. Asimismo al aplicar una diferencia normativa de esta naturaleza se deberá de tener en cuenta la relación de la medida con la dignidad de la persona para determinar si la diferencia es o no discriminatoria en cuanto que el resultado afecte peyorativamente a las personas implicadas.

---

145 Ver artículos 61 a 65.

146 Estas condiciones de igualdad no impiden, por otra parte, que las leyes electorales impongan requisitos a las candidaturas, requisitos que pueden ser clasificados en dos grandes grupos: los que afectan al derecho fundamental, al sufragio pasivo, como las

En definitiva, los derechos a la participación política definidos en el capítulo 5 del título 2 de la Constitución<sup>145</sup> es un derecho que necesariamente tiene que ser ejercido en condiciones de igualdad<sup>146</sup> con los requisitos que señalen las leyes.

inelegibilidades (6 y 7 LOREG) y las incompatibilidades (155, 159, 178, 203 y 211 LOREG), que respectivamente impiden a determinadas personas concurrir a elecciones o que si obtienen el escaño puedan desempeñarlo sin renunciar a un cargo o trabajo incompatible con él.

## VII. EL SISTEMA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A LA IGUALDAD ENTRE MUJERES, HOMBRES Y PERSONAS DE DIVERSA CONDICIÓN SEXO GENÉRICA

### A. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL SISTEMA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Hablar de garantías constitucionales no tiene sentido si no se habla de derechos de las personas. Los derechos son concebidos, históricamente como aquellas facultades o poderes subjetivos que se constituyen en los límites básicos al poder y a la acción del Estado. En efecto, los derechos, desde su primera acepción, que proviene del primer contractualismo medieval,<sup>147</sup> bien en la visión de los contractualistas clásicos, (Hobbes<sup>148</sup> Locke<sup>149</sup> Rousseau<sup>150</sup>) son concebidos como límites a la acción y al poder estatal.

En ese sentido, el constitucionalismo no sería lo que es sin los derechos. De acuerdo con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos

del Hombre y del Ciudadano, “Toda comunidad en la que no esté establecida la separación de poderes ni garantizados los derechos carece de Constitución”; mientras que las democracias constitucionales contemporáneas se fundamentan en la consideración de que la garantía efectiva de los derechos y las libertades es la finalidad primera y primordial de la organización estatal.

Para cumplir con esta finalidad, los Estados constitucionales tienen establecidos institucionalmente una serie de mecanismos jurídicos o instrumentos reforzados de protección que permiten o hacen posible hacer efectivos los derechos, evitar su violación o reparar su vulneración. Estos mecanismos se conocen en el mundo jurídico como garantías.

A tal punto son importantes estas garantías que son consideradas por la mayoría de los autores como el rasgo que diferencia al Estado Constitucional de los anteriores modelos de Estado y en tal virtud, sin ellas los derechos no

---

147 Ver Marsilio de Padua, *Defensor Pacis*, Columbia University Press, 2001, p.2

148 Ver Hobbes, TH. *El Leviatán*, FCE, México, 1980.

149 Ver Locke J. *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Editorial Lozada, Buenos Aires 2002.

150 Ver Rousseau J.J. *El Contrato Social*, Editorial Sarpe, Madrid, 1983.

serían más declaraciones retóricas.<sup>151</sup> Pero no siempre fue así: en los Estados de legalidad, (las versiones del Estado de Derecho que rigieron en el siglo XIX), solo los derechos individuales tenían reconocimiento constitucional aunque carecían de garantías específicas. En los Estados sociales, por su parte, especialmente de los países centrales del capitalismo, como consecuencia del pacto capital-trabajo se amplía enormemente el catálogo de derechos con la incorporación, en todas las constituciones de la segunda posguerra, de un amplio listado de derechos económicos y sociales.<sup>152</sup> Sin embargo, su garantía jurídica era totalmente insuficiente porque en el mejor de los casos la teoría tradicional de los derechos son consideradas garantías institucionales que tan solo definen deberes de actuación de los poderes públicos en la esfera socioeconómica, pero que como su nombre

indica, no reconocen directamente pretensiones o facultades subjetivas a los/las ciudadanos/as.<sup>153</sup> En los Estados sociales de mercado, aquellos aparecidos en el mundo entero a raíz de la “revolución conservadora” de los años 80 del siglo pasado, estas condiciones de desjuridificación de los derechos sociales se agudiza a tal punto que las débiles garantías jurídicas de los derechos desaparecen paulatinamente al ritmo de la retracción del Estado; y solo se recuperan en un sentido fuerte con la consolidación de lo que se ha dado en denominar los nuevos Estados constitucionales que han aparecido en el mundo entero y especialmente en Latinoamérica en los últimos quince años donde todos los derechos, sin importar su origen, o ámbito de protección, están garantizados a través de distintos tipos de garantía constitucional.

## 1. LOS TIPOS DE GARANTÍA EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

Aparte de la garantía política general que representa la propia existencia del Estado de Derecho, la teoría de los derechos reconoce distintos tipos o niveles de tutela para los derechos: en primer lugar están las garantías normativas, en segundo término están las garantías

151 Guastini R. “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico”, En: Carbonell M. (Ed.) *Neonconstitucionalismos*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

152 Según la doctrina más aceptada, los derechos sociales pueden ser definidos en dos sentidos complementarios: a) En sentido objetivo pueden ser entendidos como el conjunto de normas que permiten al Estado desarrollar su función equilibradora de las desigualdades sociales; b) en sentido subjetivo pueden entenderse como aquellas facultades jurídicas que tienen los individuos y los grupos para participar en los beneficios de la vida social. Sobre el particular Ver Pérez Luño, A., *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid 1998 pp. 183.

153 Ver Pérez Luño, A. *Op. Cit*, pp. 186.



institucionales y por último, se reconocen también las garantías jurisdiccionales.

En el caso ecuatoriano, este conjunto de garantías se ve complementada por un tipo adicional de garantías relativas a las políticas públicas que se encuentran reconocidas en el art. 85 de la Constitución aprobada por el pueblo ecuatoriano el 20 de octubre de 2008.

#### A. LAS GARANTÍAS NORMATIVAS

Son aquellos preceptos encaminados a conseguir que los derechos fundamentales sean efectivamente considerados como normas, se limiten al mínimo sus restricciones, y se asegure su adecuado resarcimiento cuando se han producido daños como consecuencia de su vulneración por parte de los poderes públicos o sus agentes.

La principal garantía normativa que establece la constitución es el conocido principio general de supremacía de la Constitución en virtud del cual la Carta Fundamental es la norma que prevalece sobre cualquier otra y, por tanto,

---

154 El art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del Ordenamiento Jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales. En caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

los ciudadanos y los poderes están sujetos al texto constitucional y al resto del ordenamiento. En el caso ecuatoriano esta garantía normativa está expresada de forma diferente en distintos enunciados normativos entre los que sobresalen el artículo 424 de la Constitución<sup>154</sup> y el artículo 3, numeral 1 constitucional.<sup>155</sup>

Asimismo existen otras garantías normativas como el deber de respeto a los derechos establecido en el artículo 11 numeral 9, según el cual “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Esta garantía normativa general se ve complementada por otro mecanismo de idéntica naturaleza: la rigidez e inalterabilidad constitucional, destinado a evitar la alteración del contenido e identidad de la propia Constitución. En el caso de los derechos esta garantía normativa se expresa en el procedimiento de reforma especialmente rígido del catálogo de derechos y

---

155 El inciso 1 del artículo 3 de la Constitución establece que son deberes primordiales del Estado entre otros “Garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”.

en la prohibición de restricción del contenido de los derechos, establecida en el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución.

Otra garantía normativa importante es la obligación reparatoria definida en el inciso 2 del citado numeral que dispone la obligación del Estado de reparar las violaciones de los derechos derivada de las acciones u omisiones de sus agentes en ejercicio de sus cargos o por la falta o deficiente prestación de servicios públicos.

Finalmente el nombre de garantías normativas, los constituyentes de Montecristi establecieron un novedoso mecanismo, inédito en el país, que asegura la sujeción de la Asamblea Nacional, y de cualquier otro órgano que tenga potestad normativa reconocida por la Constitución, a los derechos establecidos en la Carta Fundamental y en los tratados internacionales de derechos humanos,<sup>156</sup> con lo que todo acto normativo está limitado por el contenido y eficacia de los derechos fundamentales.

156 Textualmente el artículo 84 constitucional dictamina: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, tendrá la obligación de adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales. (...) En ningún caso la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

En el caso del derecho o principio de igualdad esta garantía normativa se expresa en la obligación constitucionalmente establecida de generar un modelo de transversalidad, en donde los requerimientos de igualdad material y equidad sexo genérica debe reflejarse y vincula a todas las normas expedidas en el Ecuador.

#### b. LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES O EXTRAJUDICIALES<sup>157</sup>

Son los mecanismos de protección que la Constitución otorga no ya a los derechos fundamentales de las personas, sino a determinadas organizaciones o instituciones valiosas desde el punto de vista del constituyente, a las que asegura un núcleo o reducto indisponible para los legisladores/as.

Ejemplos de este tipo de garantías son el principio de separación de poderes, el reconocimiento del carácter laico del Estado, también conocido como separación entre Iglesia y Estado, el principio de legalidad, la existencia de un órgano independiente ya autónomo (corte o tribunal constitucional) que garantice la supremacía de la Constitución, la labor del defensor/a del pueblo, o la existencia de los consejos

157 Sobre el particular Ver Vila Casado I. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*, Editorial Legis, Bogotá, 2007, pp. 521 a 527.

nacionales de igualdad, funciones y mecanismos de integración.<sup>158</sup>

En cuanto al principio de separación de poderes se conoce en la doctrina como la segunda columna vertebral del Estado Constitucional<sup>159</sup> y consiste en una forma de organización del poder soberano del Estado que mediante su separación en distintas funciones evita su acumulación en una sola persona o institución.

Como se sabe la primera versión de la teoría de la separación de funciones del Estado la encontramos en la obra de John Locke, pero fue Montesquieu el que en el siglo XVIII propondrá la formulación teórica de la separación de poderes que conocemos y aplicamos hoy en día. Para formar un gobierno moderado, nos dice el autor francés, “es necesario combinar los poderes, regularlos, temperarlos, hacerlos actuar, de tal forma que se dé un contrapeso a cada uno de ellos para que puedan resistir la fuerza y la voluntad del otro”.<sup>160</sup>

Esta doctrina se ha vinculado históricamente a la división tripartita de las funciones estatales. Según esta teoría el poder se divide en tres ramas o funciones: a) la función legislativa que se encarga de la producción de normas generales y abstractas, b) la rama ejecutiva, encargada de ejecutar los mandatos de la ley y del resto de funciones residuales, y c) la función judicial encargada de la aplicación de las normas en el caso concreto y de vigilar el cumplimiento estricto de las leyes por parte de los otros dos poderes.

Esta garantía institucional, sin embargo, ha sido modificada y relativizada en el derecho contemporáneo: hoy en día aparte de que no existen solo tres funciones del Estado<sup>161</sup> cada una de las funciones tradicionales comparte con las otras, algunas competencias que en la visión tradicional eran exclusivas de los otros poderes.

En cuanto se refiere al principio de legalidad esta es una de las garantías más importantes del Estado liberal en su versión original, y consiste en la distinción y subordinación de la acción

158 Ver artículo 156 y 157 de la Constitución.

159 Ver Salazar Ugarte P. *La democracia Constitucional*. Fondo de Cultura Económica, México, 2008, pp. 87.

160 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Editorial Porrúa, México 1971. Libro V.

161 En el Ecuador, por ejemplo, existen dos funciones estatales más: la función electoral y la función de transparencia y control social.

pública y judicial a la ley considerada en sentido formal. Implica como su nombre indica la preeminencia del poder legislativo respecto del resto de poderes y la supremacía de la ley respecto del resto de los actos normativos del Estado, incluyendo los derechos fundamentales que solo son tales en virtud de que la ley así lo diga, lo mande y lo permita.

También existe una segunda acepción del principio de legalidad que lo entiende como aquel sometimiento de la administración (ejecutivo) a la ley y se manifiesta en la conocida expresión según la cual “El estado solo puede hacer aquello que está expresamente permitido en la ley mientras que los particulares pueden realizar todo lo que la ley no les prohíbe”.

La principal manifestación de la vigencia del principio de legalidad es justamente el principio de reserva de ley en virtud del cual existen algunas materias que por su importancia social o política, el constituyente atribuye exclusivamente al legislador.

En el caso ecuatoriano, por ejemplo, la tipificación de delitos y sanciones, la creación o modificación de impuestos, la regulación de los derechos constitucionales y de cualquier actividad que tenga que ver con el ejercicio de los derechos, la regulación de la organización político administrativa del país, entre otras, solo

pueden ser regulados por la ley, o por autorización expresa de la ley.

Ahora bien, con el reconocimiento de la supremacía de la Constitución este principio de legalidad, principio y fin del Estado de derecho decimonónico se relativiza y se convierte en principio de juridicidad o constitucionalidad, en virtud del cual los atributos que antes se predicaban de la ley, (imperatividad, generalidad, coercitividad, aplicación directa e inmediata) pasan a ser propiedad de la Constitución. A partir de ese momento la palabra ley no es sinónimo de ley en sentido formal, sino que hace referencia a todas las normas del ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere a la garantía de la existencia del control de constitucionalidad en cabeza de un órgano autónomo llamado tribunal o corte constitucional, que de acuerdo con la doctrina tiene como misión garantizar la supremacía de la Constitución y evitar la dictadura de la mayoría a través de controles que hagan presentes y efectivos los derechos de las minorías políticas.

Con independencia de las críticas recurrentes a las cortes constitucionales, debido al real o supuesto déficit democrático que aqueja a justicia constitucional, es innegable que su existencia significa una transformación revolucionaria del aparato institucional del Estado, porque

significa garantizar en los hechos el carácter normativo y la supremacía de la Constitución.

La figura del defensor/a del pueblo ha sido concebida como una institución de protección extrajudicial de los derechos. Como se sabe la existencia de la Defensoría del Pueblo está inspirada en el modelo del ombudsman de los países escandinavos y que fue adoptado con importantes modificaciones por la constitución española (art. 54) y a través del constitucionalismo español pasó a las constituciones latinoamericanas de las últimas dos décadas.

En el caso ecuatoriano la Defensoría del Pueblo hace parte de la nueva función de transparencia y control social<sup>162</sup> y tiene como funciones principales la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, que incluyen la emisión de medidas de cumplimiento obligatorio de los derechos humanos; el patrocinio de las acciones constitucionales; la investigación de acciones y omisiones de servidores públicos en relación con los derechos humanos constitucionalizados; y la vigilancia del cumplimiento estricto del derecho a la libertad, que incluye las acciones necesarias para evitar la tortura y los

---

162 Esta nueva función del Estado está conformada por el Consejo de Participación Ciudadana, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado, y las superintendencias. Ver: artículo 204 numeral 2, de la Constitución de la República de Ecuador.

tratos crueles inhumanos y degradantes;<sup>163</sup> así como solicitar a las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna.

Es claro que en este contexto el defensor/a del pueblo realiza una importante función controladora de la función administrativa en la medida en que esta puede llegar a vulnerar los derechos humanos, lo que incluye funciones de control y fiscalización sobre las actuaciones tanto de autoridades como de particulares que cumplan funciones públicas.

Finalmente, en lo que se refiere a la existencia y funcionamiento del sistema nacional de igualdad que no es otra cosa que el conjunto orgánico y articulado de estructuras, normas, métodos y procedimientos que desarrollan conjuntamente todas las funciones y órganos del Estado ecuatoriano y las organizaciones de la sociedad civil destinadas a la promoción y consecución de la igualdad real entre mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica.

Este sistema y sus componentes, normativos, funcionales y políticos busca establecer los mecanismos institucionales que permitan proteger a las mujeres y a las personas de diversa

---

163 Ver art. 215 de la Constitución de la República del Ecuador.

condición sexo genérica frente a las discriminaciones resultantes del modelo androcéntrico aún en vigor en el país, pero no lo hace a través de una protección individual, como ocurre con los derechos y las garantías jurisdiccionales, sino que su ámbito de acción es institucional.

En el caso concreto del sistema nacional de igualdad reconocido por la Constitución, aparte de garantizar al más alto nivel (constitucional) el carácter normativo de la prohibición de discriminación en razón de la condición sexo genérica, debe desembocar en la estructuración de un programa nacional de igualdad que garantice la integración del Plan Nacional de Desarrollo con las políticas, programas y estrategias sectoriales.

La principal característica de esta garantía institucional, como se verá más adelante, cuando se examine el contenido del proyecto de ley, es que reconoce y garantiza la participación paritaria tanto del Estado como de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan a favor de la igualdad de mujeres, hombres y personas de diversa condición sexo genérica.

### c. LAS GARANTÍAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

La Constitución ecuatoriana de 2008 a través de la figura de las garantías frente a las políticas públicas incorpora uno de los más importantes avances teóricos del nuevo constitucionalismo. Por primera vez en el Ecuador se vincula la existencia de derechos con la operatividad y obligatoriedad de implementar políticas públicas, es decir que se constitucionaliza y normativiza con el más alto rango la vinculación estrecha que en el Estado democrático existe entre derechos y política.

En ese contexto, en el Ecuador posterior al 20 de octubre de 2008, la formulación, ejecución y evaluación de políticas y servicios públicos debe orientarse necesariamente a la eficacia de los derechos del buen vivir, con la consecuencia de que si una política pública vulnera un derecho constitucional se tiene la obligación de cambiar o reformular la política pública, incluyendo la modificación del presupuesto, con la estrecha participación de los/as afectados.

Este discurso, por supuesto, representa un cambio copernicano respecto de la eficacia y naturaleza de los derechos sociales, y del discurso sobre el carácter normativo y obligatorio de todo el ordenamiento constitucional que en el constitucionalismo europeo continental ha sido desconocido por la consideración de la gran

mayoría de los derechos sociales como meros principios o criterios subsidiarios de interpretación a través de su consagración como normas de programación final y principios rectores del ordenamiento, mientras no sean desarrollados por la/el legisladora/dor secundario<sup>164</sup>

A diferencia de lo que ocurre en el constitucionalismo social de los países centrales del capitalismo, en el modelo constitucional del Ecuador, versión 2008, los derechos del *sumak kawsay* no solo están reconocidos taxativamente como derechos públicos subjetivos, con todas las

garantías que ello implica, y en tanto tales como facultades jurídicas que hacen parte del patrimonio de las personas, sino que están definidos en el llamado régimen del buen vivir como obligaciones directas del Estado, sancionables a través de las garantías establecidas en el artículo 85 constitucional.

Este conjunto de garantías extrajudiciales se pueden entender como garantías construidas en función del modelo de separación de poderes, que esquemáticamente puede ser representado a través de la siguiente matriz:

**Cuadro N° 1**

GARANTÍAS EN FUNCIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PODERES				
Función legislativa	Función Ejecutiva	Función judicial	Función de Control Constitucional,	Función de transparencia y Control social
Garantías Normativas Art. 84 CRE	Garantías de Políticas públicas Art. 85 CRE	Garantías Jurisdiccionales Arts. 86 a 84 CRE	Garantías Institucionales	Garantías Institucionales

164 Sobre el particular ver art. 53.3 de la Constitución española.

#### d. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

##### i. ¿QUÉ SON LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES?

En las democracias constitucionales contemporáneas la forma de garantizar derechos más conocida es aquella que se ejerce ante la jurisdicción, comúnmente conocida como garantías jurisdiccionales de los derechos. Estas no son otra cosa que la posibilidad de ejercer el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos. Y en cuanto tales son un conjunto de instrumentos procesales que -dentro del sistema jurídico estatal- cumplen la función de la tutela directa de los derechos constitucionales.

Esto tiene que ver igualmente con el nuevo papel que los/las jueces/zas cumplen en las democracias constitucionales modernas. En efecto, la necesidad de garantizar institucionalmente los derechos humanos y la crisis del parlamentarismo racionalizado han producido un redimensionamiento de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado: los jueces ya no son como pensaba Montesquieu, y los liberales del siglo XIX, la boca muda de la ley sino que se convierte en el protagonista de la acción del Estado, a través de su papel de garantes últimos de los derechos fundamentales, y con ellos las garantías procesales se convierten en un elemento esencial de este nuevo modelo.

Esta mutación en la concepción de la jurisdicción no ha sido, sin embargo, un proceso pacífico: los poderes públicos tradicionales, afectados por esta nueva cultura jurídica, ven con profunda desconfianza el nuevo rol de los jueces y han comenzando a plantear la necesidad de realizar reformas que limiten la autonomía del poder judicial y restauren el antiguo equilibrio entre poderes propio del liberalismo decimonónico.

Las principales garantías judiciales conocidas en los ordenamientos jurídicos occidentales son: el hábeas corpus, la acción de amparo, tutela o protección, el hábeas data, las acciones de grupo y el amparo contra sentencias judiciales. En el caso ecuatoriano, la reforma Constitucional de 1996 fue la primera que reconoció en el plano constitucional este tipo de amparos jurisdiccionales, diseño constitucional que luego fue perfeccionado en la Constitución de 1998, pero lo hizo de manera desordenada y asistemática, pues tan solo reconoció la existencia del amparo, el hábeas corpus y el hábeas data.

La Constitución de 2008, en ese sentido, representa un avance sustancial frente a la anterior constitución pues establece un amplio y completo abanico de garantías jurisdiccionales organizadas, como se verá en el cuadro que aparece a continuación, en función de los derechos protegidos.



Cuadro N° 2

GARANTÍAS JURISDICCIONALES		
Derecho Protegido	Constitución de 1998	Constitución de 2008
Libertad y derechos conexos	Hábeas corpus Administrativo	Hábeas corpus Judicial
Resto de derechos fundamentales	Amparo preventivo y reparatorio	Acción de Protección
Transparencia y acceso a la información pública	Amparo legal no constitucional	Acción de acceso a la información pública
Datos personales	Hábeas data judicial	Hábeas Data judicial
Debido proceso judicial	No hay garantía judicial ni administrativa	Acción Extraordinaria de Protección

## ii. LA FINALIDAD DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

De acuerdo con el art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las garantías jurisdiccionales buscan la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

## iii. CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, las garantías jurisdiccionales de los derechos tienen las siguientes características:

1. Todas son acciones públicas y populares, de tal manera que cualquier persona, grupo de personas, pueblos o nacionalidades pueden interponerlas.
2. Tienen un procedimiento sencillo e informal.

3. El procedimiento de tramitación es oral, esto es, a través de audiencias públicas.
4. Para iniciar la acción son hábiles todos los días y todas las horas.
5. El no cumplimiento de una garantía jurisdiccional conlleva la destitución del cargo.

## **B. EL SISTEMA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES APLICADO EL PROYECTO DE LEY DE IGUALDAD**

### **1. LA APLICACIÓN DEL MECANISMO DE GARANTÍAS NORMATIVAS EN ARAS A LA IGUALDAD DE MUJERES, HOMBRES Y PERSONAS DE DIVERSA CONDICIÓN SEXO GENÉRICA**

El artículo 84 de la Constitución establece que todo órgano que tenga competencias normativas tendrá la obligación de adecuar las normas por ellas expedidas de tal manera que se tomen en cuenta y se hagan efectivos los derechos establecidos en la Constitución. El artículo 66 numeral 4 de la Constitución establece en forma general el contenido y ámbito de protección del derecho a la igualdad y sus formas.

Ahora bien, sin perjuicio de su aplicación directa, ese texto normativo no establece, no puede establecer las implicaciones completas de su existencia; y, en particular, no define cuáles son

sus efectos en relación con cada uno de los colectivos y personas que se benefician con sus disposiciones. Nada dice sobre la forma en que las personas públicas y privadas deben actuar para adecuar el mandato general establecido en el artículo 66 frente a la obligación de adecuación normativa establecida en el artículo 84.

Es por ello que está más que justificada la expedición de la ley de igualdad entre hombres y mujeres, pues es el espacio adecuado para precisar los contornos de la obligación constitucional en relación con las mujeres y las personas de diversa condición sexo genérica. Y lo hace a través del artículo 14 de la ley que determina que establece la obligación para todas las funciones, órganos y niveles del Estado, así como para los particulares para que en el ámbito de su competencia adecúen las normas y procedimientos al objetivo de promover o garantizar efectivamente la igualdad entre hombres, mujeres y personas de diversa condición sexo genérica.

Concretamente para ello, nos dice el artículo 14 del proyecto de ley, deberán expedir, modificar o abrogar cualquier norma discriminatoria por razón de sexo o identidad de género; así como establecer políticas, planes, programas y medidas de acción afirmativa dirigidas a garantizar la igualdad entre mujeres y personas de diversa condición sexo genérica frente a los hombres y determinar sanciones y formas de reparación

integral cuando se viole el derecho a la igualdad y no discriminación en sus esferas de influencia. La misma obligación tendrán las instituciones de derecho privado.

Si examinamos analíticamente el enunciado normativo que estamos comentando encontramos que contiene tres normas diferentes: en primera instancia la parte inicial del literal a) del artículo 14 proyecto de ley textualmente nos habla de que existe la obligación de adecuar a la perspectiva de género las normas o actos administrativos discriminatorios. Aunque está clara la intención de los redactores de la norma, conviene decir que esta redacción es antitécnica, por dos razones: en primer lugar porque la norma se aplica tanto a entes y personas públicas como a particulares y los particulares no tienen la atribución de expedir actos administrativos; y, en segundo término, porque el texto distingue entre norma y acto administrativo como si fueran cosas distintas cuando no lo son. Los actos administrativos también son normas, y en algunos casos también de carácter general, así que en el mejor de los casos son categorías normativas que guardan una relación de género y especie. En ese sentido, allí donde dice norma y acto administrativo debe entenderse norma, de tal manera que con esa expresión se cobijen tanto los actos prescriptivos públicos que tengan su origen en cualquiera de las funciones y órganos

del Estado cuanto, las normas y regulaciones propias de las personas y colectivos privados.

Adicionalmente este texto contiene otra norma que nos habla de que las autoridades deberán formular planes, programas y medidas de acción afirmativa dirigidas a garantizar la igualdad, lo cual en el contexto de la ley resulta antitécnico pues aunque la Constitución diferencia claramente el ámbito de acción de las garantías normativas respecto de los otros tipos de garantía constitucional, el redactor de la ley confunde en este enunciado normativo los dos conceptos. No se puede olvidar que aunque compartan la finalidad, al garantizar el derecho a la igualdad de las mujeres se debe tener claro que una cosa son las normas y otra, las políticas públicas. Aun así queda claro que la intención del/la legislador/dora secundario es constreñir a quienes formulan y ejecutan las políticas públicas a modificarlas y a establecer planes, programas y medidas de acción afirmativa en caso de ser necesario de cara a la consecución de la igualdad real entre todas las personas.

Lo mismo puede decirse de la parte final del literal a) del artículo 14 que dispone que estas autoridades podrán además determinar sanciones y formas de reparación integral cuando se viole el derecho a la igualdad y no discriminación. En cuanto a las sanciones no hay ningún comentario que hacer, pero en cuanto a las formas de

reparación, la norma se extralimita porque esta es una competencia de las y los jueces a través de las garantías jurisdiccionales de los derechos y concretamente a partir de la tramitación de acciones de medidas cautelares y acciones de protección.

## 2. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE IGUALDAD

La ley de igualdad regula en el capítulo II del título II el tema de las políticas públicas, elemento imprescindible para el efectivo cumplimiento de los preceptos constitucionales sobre igualdad y no discriminación. Comienza este capítulo con el artículo 15, donde se señala que las políticas públicas de igualdad han de asegurar, entre otras, “la paridad en el ejercicio de la política y representación, designación y nominación”.<sup>165</sup>

Al respecto la Constitución ecuatoriana considera la paridad de género como uno de los principios por los que se regirá el Consejo Nacional y el Tribunal Contencioso Electoral que son los órganos que conforman la función electoral que garantiza el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio. De acuerdo con ello utiliza, para referirse a cualquiera de las personas que van a formar parte de estos

órganos, el femenino y masculino. En el mismo sentido se pronuncia, al referirse a la participación y organización del poder. Este apartado tiene su entronque en diferentes preceptos constitucionales en los que se utiliza el término paridad para explicar la forma en que se configuran determinados órganos que representan a la Nación ecuatoriana. “Paridad” es una palabra que tiene una tradición reivindicativa al hablar de los derechos de las mujeres y que expresa que por ser el 50% de la humanidad, les corresponde, legítimamente, una presencia paritaria en todos los espacios representativos del poder social.

Como hemos dicho, la paridad aparece en cuarto lugar en la aplicación de las políticas públicas del artículo 15, pero es un elemento capital para alcanzar la transformación de las relaciones de poder (art. 15.b) y reducir las brechas de género en todos los ámbitos (art. 15.a). Es un concepto que puede ser aplicado a la responsabilidad y conciliación en el uso del tiempo para el cuidado humano (art. 15.c), porque, al fin y al cabo, lo que se pretende con la conciliación es que hombres y mujeres asuman paritariamente las obligaciones que suelen asumir las mujeres. Ciertamente, el sentido tradicional y específico de la paridad por el que este término y el concepto que representa se conoce, es por su aplicación a la desigual distribución del

165 Ver ley de igualdad, artículo 15, literal d.

ejercicio del poder político. No obstante, tanto la erradicación de la violencia de género (art. 15.e) como la transformación de los patrones socioculturales (art. 15.f), son también expresión y consecuencia de la detentación del poder patriarcal, por lo que la paridad se presenta como un eje vertebrador de la totalidad de las políticas públicas de igualdad.

### 3. LA ADECUACIÓN DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS A LOS REQUERIMIENTOS DE LA IGUALDAD ENTRE MUJERES, HOMBRES Y PERSONAS DE DIVERSA CONDICIÓN SEXO GENÉRICA

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es la norma que regula los procedimientos a través de los cuales se hacen operativas las garantías jurisdiccionales de los derechos, de conformidad con los mandatos de la Constitución. Aún así, y a pesar de que la carta fundamental establece tanto en el artículo 11.2 como 66.4 el régimen constitucional de la igualdad, esta ley orgánica en su contenido no tomó en consideración los requerimientos y las condiciones necesarias para adecuar los procedimientos constitucionales a las necesidades de igualdad entre mujeres y hombres.

En ese sentido, resulta pertinente el esfuerzo que se hace en el título IV de la ley de igualdad entre mujeres y hombres a efectos de cumplir con el mandato de transversalidad y adecuación de todas las normas y políticas públicas a los requerimientos de igualdad.

Es así como en el artículo 40 de la ley se establece una regla relativa a la garantía jurisdiccional frente al derecho a la igualdad y no discriminación. Dispone ese artículo que “Cualquier persona podrá proponer las acciones previstas en la Constitución, instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la ley, en caso de violación al derecho de igualdad y no discriminación”. Aunque resulta obvio que la intención del legislador es ratificar el carácter general y popular de las acciones constitucionales y su procedencia para tutelar el derecho a la igualdad, esto ya está claro en los artículos 86 a 88 de la Constitución y en los artículos 26 a 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. También resulta superfluo el artículo 41 de la ley de igualdad que establece un mecanismo especial para la protección efectiva del derecho a la igualdad y no discriminación y que dispone, repitiendo lo dicho por la Constitución en el artículo 88, que “Cualquier persona podrá acudir a los tribunales para demandar la protección efectiva del derecho a la igualdad de mujeres y hombres, y personas de

diversa condición sexo genérica de acuerdo con lo establecido en la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación”.

Ya situándonos por fuera del ámbito constitucional, el artículo trae una regulación interesante que modifica las reglas generales sobre la capacidad para ser parte y la legitimación para intervenir cuando se trata de procesos civiles, laborales, penales y contencioso-administrativos en los que se esté discutiendo o se vea afectado algún ámbito del derecho a la igualdad. La norma establece que el Consejo Nacional de las Mujeres y de la Igualdad de Género tiene legitimidad para actuar a nombre de las o los afectados.

Los artículos 42 y 43 resultan en alguna medida inoficiosos porque están regulando de manera especial algo que ya está definido en los artículos 40 a 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales sin hacer mayores cambios a la regulación general.

La norma que sí resulta innovadora e interesante, además de útil a los interés de protección de las mujeres y las personas de diversa condición sexo genérica es la establecida en el artículo 43 de la ley de igualdad, que establece un mecanismo especial de acumulación de acciones que regula y amplía desde la perspectiva de género las normas pertinentes de la LOGJCC, de

tal manera que cuando alguien tenga conocimiento de dos o más causas que tengan origen en un mismo acto o situación discriminatoria, de oficio o a petición de parte, se dispondrá la acumulación de acciones. Adicionalmente establece una regla de competencia a prevención que resuelve eventuales conflictos de competencia entre autoridades judiciales.

Otra norma muy importante establecida en la ley de igualdad es aquella que, siguiendo los estándares internacionales, invierte la carga de la prueba cuando la acción constitucional o legal, a excepción de los procesos penales, se fundamenta en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, pues de acuerdo con el artículo 44 de la ley, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Esta sin duda alguna será una herramienta muy valiosa de lucha contra la violencia de género y en los procesos que se ventilen por acoso laboral.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

1. ALEXI R. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1993.
2. ARAGÓN REYES, M. "Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio". En: *Corts Valencianes, Anuario de Derecho Parlamentario* nº 9, Valencia 2000.
3. ÁVILA R. Los principios de aplicación de los derechos En: *Los Derechos y sus garantías*, Corte Constitucional, Quito, 2011.
4. AZKARATE-ASKASUA ALBENIZ, A.: *Mujer y discriminación. Del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.
5. BARREIRO, K. "Cuotas de participación". San José; Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia, Programa de la Ciudadanía:1995, En: CAMACHO,R, LARA, S, SERRANO, E.: *Las Cuotas Mínimas de Participación de las Mujeres: Un mecanismo de acción afirmativa. Aportes para la discusión*, San José , 1996.
6. C.I.D.H. Opinión Consultiva 4\84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.
7. C.I.D.H. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.
8. CALSAMILGLIA, A: "Sobre el Principio de Igualdad", en: MUGUERZA, Javier. *El Fundamento de Los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989.
9. CAMPS, V.: *Virtudes Públicas*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 1990.
10. CIDH, Opinión Consultiva 18 /2003 párrafo 110.
11. COBO, R. *Fundamentos del patriarcado moderno Jean Jacques Rousseau*. Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995.
12. CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, Viena, junio de 1993.
13. CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género*, Marco Conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas, Instituto de la Mujer – Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.
14. Díez Moreno, F. *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2004.
15. DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989.

16. FACIO, A.: *De qué igualdad se trata. Caminando hacia la igualdad real*, Naciones Unidas, ILANUD, UNIFEM, Editorial Diseño Alternativo, San José, Costa Rica, 1995.
17. FERRAJOLI, L. *Derechos y Garantías la Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
18. GAMBA S. *Diccionario de estudios de género y feminismos*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2008.
19. GARCÍA AÑÓN J. Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa Los problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo, En: Caicedo D. Porras A. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ministerio de Justicia, Quito, 2010.
20. GARCÍA Pelayo, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
21. GARCÍA Pelayo, M. "Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho". En: *Obras Completas, Tomo III*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
22. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J "Notas para la Elaboración de un concepto de solidaridad como principio político", en: *Revista Sistema N° 101*.
23. GUASTINI R. "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico", En: Carbonell M. (Ed.) *Neoconstitucionalismos*, Editorial Trotta, Madrid 2009.
24. HOBBS, TH. *El Leviatán*, FCE, México, 1980.
25. HOSSAIN, Sara,: "Igualdad en el hogar: derechos de la mujer y derechos de las personas en Asia del Sur", en: *Derechos humanos de las mujeres*, PROFAMILIA, Bogotá, 1997.
26. IRIGARAY, L: *Yo, tú, nosotras*, Ediciones Cátedra Universitat de Valencia Instituto de la Mujer, Madrid, España, 1992.
27. JAGGAR, Alison M.: "Ética feminista: algunos temas para los años noventa", en: *Perspectivas feministas en teoría política*, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994.
28. KAREL, Vasak: "El Consejo de Europa", en: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. III, Barcelona, Serbal UNESCO, 1982.
29. KÉBA, M'Baye y BIRAME, Ndiaye, "La Organización para la Unidad Africana" en: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Volumen III, Barcelona, Sebal UNESCO, 1984.
30. LAMAS M. "Género, diferencia de sexo y diferencia sexual" en: *¿Género?*, Debate Feminista, Año 10, Vol. 20, México, 1999.



31. LAPORTA , F: "El Principio de Igualdad", en: Revista *Sistema* N° 67.
32. Locke J. *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Editorial Lozada, Buenos Aires 2002.
33. Marsilio de Padua, *Defensor Pacis*, Columbia University Press, 2001.
34. Montaña J. "Ensayo introductorio" En: Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y Emancipación*, Centro de Estudios de la Corte Constitucional, Quito, 2011.
35. Mostesquieu, *El Espiritu de las leyes*, Editorial Porrúa, México 1971. Libro V.
36. NINO, C. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo y fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.
37. O'DONNELL, D: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.
38. OKIN MOLLER, S: "Desigualdad de género y diferencias culturales", en: *Perspectivas feministas en teoría política*, Editorial Paidós, Barcelona, 1994.
39. OKIN MOLLER, S: "Liberalismo, Política, Justicia y Género", en: *Perspectivas feministas en teoría política*, Editorial Paidós, Barcelona, 1994.
40. ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.
41. ONU. Comité de *Derechos Humanos*, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37.
42. ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 6 de diciembre de 1966.
43. PATEMAN, C. *El contrato sexual*, Editorial Anthropos, Barcelona, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1998.
44. PECES- BARBA MARTÍNEZ, G: *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
45. Pérez Luño A. *Los derechos fundamentales*, Editorial Técnos, Madrid, 1998.
46. Pérez Luño, A., *La Universalidad de los derechos Humanos y el Estado Constitucional*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
47. RAWLS, John: *Justicia como equidad, Materiales para una Teoría de la Justicia*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1993.
48. REY MARTÍNEZ, F. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995.

49. RIVERA M. *Nombrar el mundo en femenino, Pensamiento de las mujeres y teoría feminista*, Editorial ICARIA, Barcelona, 1994.
50. RIVERA M. "Partir de sí", en: *El Viejo Topo*, número 73, marzo, Madrid, España, 1994.
51. Ross A. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ediciones Eudeba, Buenos Aires, 1997.
52. ROUSSEAU, J. J *Emilio*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1993.
53. ROUSSEAU, J.J *El Contrato Social*, en *Escritos de combate*, trad. Salustino Masó, Madrid, Alfaguara, 1979.
54. RUIZ-MIGUEL, A.: "Discriminación inversa e igualdad", en *El concepto de igualdad*, Ed. P. Iglesias, Madrid, España, 1994.
55. SÁEZ C. *Mujeres y mercado laboral. Las discriminaciones directas e indirectas*. Colección Estudios, Madrid, 1994.
56. SANTOS B. *La caída del Angelus Novus, Ensayos para una nueva teoría social*, ILSA, Bogotá 2003.
57. SANTOS B. "Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos", En: *Derecho y emancipación*, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito 2011.
58. SCHMITT C. *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México, SF,
59. SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Editorial Comares, Granada, 2006.
60. SEVILLA MERINO, J. *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*. Quaderns Feministes núm. 4. Institut Universitari d'Estudis de la Dona. Universitat de València, 2004.
61. SIERRA PORTO H. Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
62. VALCARCEL, A. *Del miedo a la igualdad*. Crítica, Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1993.
63. VILA CASADO I. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*, Editorial Legis, Bogotá, 2007.
64. WILLIAMS, Joan. "Igualdad sin discriminación", en: *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Serie Casandra, Chile, 1999.

## ASPECTOS DOCTRINARIOS

### SISTEMA NN.UU, SISTEMA OEA, SISTEMA EUROPEO

#### 1. Principio de igualdad y no discriminación en los principales convenios y tratados de NNUU, OEA

##### DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1948

Principio de igualdad (artículo 1). Principio de no discriminación (artículo 2, incisos 1 y 2). La Declaración establece que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad. Esta definición nos proporciona los elementos necesarios que permiten a todos/as los sujetos identificarse y ser parte de la construcción y la comprensión del paradigma de lo que es el ser humano. Como consecuencia de esto uno de los parámetros de la igualdad es la diversidad. Por lo tanto, todas las personas deben tener igualdad de condiciones en el acceso, goce y ejercicio de los derechos tanto de jure como de facto, sin discriminación alguna ya sea por sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole o condición, reconociendo la diversidad de las condiciones como parte inherente de los sujetos en la sociedad para

tomar en cuenta y no como un obstáculo para la exclusión.

##### CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 1979

Discriminación (artículo 1). Medidas de política (artículo 2). Garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 3). La convención en su artículo 1 define que se entiende por discriminación y señala que la misma adquiere diferentes formas ya sea por distinción exclusión o restricción basada en el sexo, la misma que se puede dar por objeto o por resultado aludiendo a las discriminaciones directas e indirectas, esta puede anular totalmente un derecho

o restringirlo (menoscabar), se considera que la discriminación es una violación a un derecho humano, al principio de igualdad, la discriminación se da en todos los ámbitos de la sociedad.

Partiendo de esta definición y de la igualdad sustantiva que fundamenta la convención, los Estados se obligan a tomar acciones concretas para la eliminación de la discriminación como la inclusión del principio de igualdad entre los sexos, las modificaciones de la normativa interna en concordancia con lo estipulado en la CE-DAW. Asimismo deben garantizar el pleno desarrollo y adelanto de las mujeres en los diferentes campos de la sociedad. El Estado debe buscar el establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña y que tengan por objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación.

### **PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES y Políticos. 1966**

Igualdad y no discriminación en la garantía, goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos (artículos 2.1 y artículo 3). El Pacto introduce como uno de sus principios fundantes el de igualdad y no discriminación por razón de sexo y lo incluye como un principio de interpretación para el ejercicio, goce y promoción de estos

derechos. Establece el respeto y la garantía de los derechos civiles y políticos contemplados en el Pacto a todos los individuos sin distinción de raza, color sexo, idioma, religión, opinión político o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Establece el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el goce de estos derechos.

### **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, Sociales y CULTURALES. 1966**

Igualdad y no discriminación en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2 inciso 2 y artículo 3). Se reconoce la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de estos derechos y se garantiza el ejercicio de estos derechos sin discriminación alguna por diferentes motivos.

### **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON Discapacidad**

Principio de no discriminación contra mujeres y niñas con discapacidad (artículo 6 incisos 1 y 2, artículo 7 inciso 1). La Convención establece explícitamente como parte de las obligaciones del Estado lograr la igualdad sustantiva de las mujeres con discapacidad y las niñas, evidenciando que las mismas están sometidas

a múltiples formas de discriminación. Se debe asegurar el pleno adelanto, desarrollo y potenciación para lograr el goce, ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

### **CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL**

Igualdad y no discriminación por razón de raza (artículo 1, inciso 1). La convención establece la prohibición de discriminación basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico. Si bien no menciona explícitamente que debe aplicarse también por motivos de género, esta dimensión se incorpora a través de la recomendación 25 del Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, que señala que la discriminación racial no afecta a mujeres y hombres de igual manera y en la misma medida, por ejemplo la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos en detención o durante conflictos armados; la esterilización obligatoria de mujeres indígenas; el abuso de trabajadoras en el sector no estructurado o de empleadas domésticas en el extranjero. La discriminación racial puede tener consecuencias que afectan en primer lugar o únicamente a las mujeres, como embarazos resultantes de violaciones motivadas por prejuicios raciales; en algunas sociedades, las mujeres violadas también pueden ser some-

tidas a ostracismo. Estableciendo que algunas formas de racismo se dan solo para las mujeres negras y que es necesario tomar en cuenta los factores genéricos relacionados con el racismo.

### **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

Respeto y garantía de los derechos contemplados en la convención sin discriminación (artículo 1, inciso 1). Se establece el principio de no discriminación por motivos de sexo, para garantizar la igualdad en el respeto, garantía y ejercicio de los derechos.

### **PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

(Protocolo de San Salvador). Igual y no discriminación en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3). Se establece la obligación del Estado de no discriminar en el ejercicio de estos derechos, fundamentado en el principio de igualdad.

## CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. 1994

La violencia como una forma de discriminación que afecta el principio de igualdad (artículo 6). Se establece una estrecha relación entre discriminación y violencia fenómeno que resulta en la

profundización de la inferiorización o subordinaciones de las mujeres.

### 1.1 RECOMENDACIONES GENERALES Y OPINIONES CONSULTIVAS

#### COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 8 (séptimo período de sesiones, 1988). Aplicación del artículo 8 de la convención: recomienda a los Estados partes que adopten otras medidas directas de conformidad con el artículo 4 de la convención a fin de conseguir la plena aplicación de su artículo 8 y garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, las oportunidades de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en las actividades de las organizaciones internacionales.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 9 (octavo período de sesiones, 1989). Estadísticas relativas a la condición de la mujer. recomienda a los Estados partes que hagan todo lo posible para asegurar que sus servicios estadísticos naciona-

les encargados de planificar los censos nacionales y otras encuestas sociales y económicas formulen cuestionarios de manera que los datos puedan desglosarse por sexo, en lo que se refiere a números absolutos y a porcentajes, para que los usuarios puedan obtener fácilmente información sobre la situación de la mujer en el sector concreto en que estén interesados.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 12 (octavo período de sesiones, 1989). Violencia contra la mujer. recomienda que los Estados partes incluyan en sus informes periódicos al Comité información sobre: 1. La legislación vigente para protegerla de la frecuencia de cualquier tipo de violencia en la vida cotidiana (la violencia sexual, malos tratos en el ámbito familiar, acoso sexual en el lugar de trabajo, etc.);

2. Otras medidas adoptadas para erradicar esa violencia; 3. Servicios de apoyo a las mujeres que sufren agresiones o malos tratos; 4. Datos estadísticos sobre la frecuencia de cualquier tipo de violencia contra la mujer.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 13 (octavo período de sesiones, 1989). Igual remuneración por trabajo de igual valor. Se aliente a los Estados partes que aún no lo hayan hecho a que ratifiquen el Convenio N° 100 de la OIT, a fin de aplicar plenamente la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2. Consideren la posibilidad de estudiar, fomentar y adoptar sistemas de evaluación del trabajo sobre la base de criterios neutrales en cuanto al sexo que faciliten la comparación del valor de los trabajos de distinta índole en que actualmente predominen las mujeres con los trabajos en que actualmente predominen los hombres, y que incluyan los resultados en sus informes al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; 3. Apoyen, en lo posible, la creación de mecanismos de aplicación y fomenten los esfuerzos de las partes en los convenios colectivos pertinentes para lograr la aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 16 (décimo período de sesiones, 1991). Mujeres que tra-

bajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas. Recomienda que los Estados partes: a) Incluyan en sus informes al Comité información sobre la situación jurídica y social de las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares; b) Reúnan datos estadísticos relacionados con las mujeres que trabajan sin remuneración, seguridad social ni prestaciones sociales en empresas de propiedad de un familiar, e incluyan esos datos en sus informes al Comité; c) Tomen las medidas necesarias para garantizar remuneración, seguridad social y prestaciones sociales a las mujeres que trabajan sin percibir tales prestaciones en empresas de propiedad de un familiar.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 17 (décimo período de sesiones, 1991). Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto. Recomienda a los Estados partes que: a) Alienten y apoyen las investigaciones y los estudios experimentales destinados a medir y valorar el trabajo doméstico no remunerado de la mujer, por ejemplo, realizando encuestas sobre el empleo del tiempo como parte de sus programas de encuestas nacionales sobre los hogares y reuniendo datos estadísticos desglosados por sexo relativos al tiempo empleado en actividades en el hogar y en el mercado de trabajo; b) De conformidad con las disposiciones

de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer, adopten medidas encaminadas a cuantificar el trabajo doméstico no remunerado de la mujer e incluirlo en el producto nacional bruto; c) Incluyan en sus informes presentados con arreglo al artículo 18 de la Convención información sobre las investigaciones y los estudios experimentales realizados para medir y valorar el trabajo doméstico no remunerado de la mujer, así como sobre los progresos logrados en la incorporación de dicho trabajo en las cuentas nacionales .

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 18 (décimo período de sesiones, 1991). Mujeres discapacitadas. Recomienda que los Estados partes incluyan en sus informes periódicos información sobre las mujeres discapacitadas y sobre las medidas adoptadas para hacer frente a su situación particular, incluidas las medidas especiales para que gocen de igualdad de oportunidades en materia de educación y de empleo, servicios de salud y seguridad social y asegurar que puedan participar en todos los aspectos de la vida social y cultural.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 19 (1992). La violencia contra la mujer. Expresamente señala que la violencia es una forma extrema de discriminación que afecta a las mujeres por el hecho

de ser tales, las que, por tanto, se ven limitadas, restringidas o menoscabadas en el ejercicio de los derechos que establece la Convención. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (décimo tercer período de sesiones, 1994). El Comité se refiera a la igualdad ante la Ley entre hombres y mujeres, a la garantía por parte de los Estados de otorgar a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Asimismo concederán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos. Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 23. Vida política y pública. (Décimo sexto período de sesiones, 1997). Se refiere a las obligaciones de los Estados partes a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, en especial a) Votar en todas las elecciones y re-



feréndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales; c) Participar en organizaciones no gubernamentales y asociaciones que se ocupen de la vida pública y política del país.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 24. Artículo 12 de la CEDAW, la Mujer y la Salud. (Vigésimo período de sesiones, 1999). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, afirmando que el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer decidió que los obstáculos que enfrentan las mujeres atentan contra el principio de igualdad sustantiva.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención CEDAW, referente a medidas especiales de carácter temporal. (Trigésimo período de sesiones, 2004).

Las medidas espaciales de carácter temporal se deben entender según el alcance y significado en el contexto del objeto y fin de la Convención,

el Comité considera que un enfoque jurídico o programático puramente formal no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, o sea la igualdad sustantiva. La Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde el primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados.

Estas medidas son un medio para hacer realidad la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y no una excepción a las normas de no discriminación e igualdad. Estas medidas tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil o en cualquier otro ámbito y no discriminan contra el hombre.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 26, sobre mujeres trabajadoras migrantes (cuadragésimo segundo período de sesiones, 2008) y su derecho a la igualdad y no discriminación. Tiene por objetivo contribuir al cumplimiento por parte de los Estados a la obligación de respetar, proteger y facilitar el ejercicio de los derechos humanos de las trabajadoras migratorias, en virtud de otros tratados, planes de acción de conferencias mundiales y la labor de los órganos creados en virtud de tratados en esta materia. Garantizar la protección contra la discriminación sobre la base de la Convención, que obliga a los Estados

partes a adoptar sin dilación todas las medidas adecuadas para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer y velar por que las mujeres puedan ejercer y disfrutar sus derechos de jure y de facto en todos los ámbitos en pie de igualdad con los hombres.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 27. Sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos. 16 de diciembre de 2010. Establece las obligaciones de los Estados referidas a las mujeres de edad y la promoción de sus derechos. Se estudia la relación entre los artículos de la Convención y el envejecimiento. Se mencionan las formas de discriminación a que se enfrentan las mujeres a medida que van envejeciendo. Se formulan recomendaciones de política para incorporar las respuestas a las preocupaciones de las mujeres de edad en estrategias nacionales, iniciativas de desarrollo y medidas positivas, de manera que estas mujeres puedan participar plenamente en la sociedad, sin discriminación y en pie de igualdad con los hombres.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 28 relativa al artículo 2 de la CEDAW. 16 de diciembre de 2010. Entre otros aspectos, destaca que se refiere al alcance del artículo 1 que menciona la discriminación por razón de sexo. El Comité interpreta que una adecuada lectura del artículo 1 con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5, se debe entender que la CEDAW

abarca las discriminaciones por motivos de género entendiendo así que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres, y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar.

## OTROS COMITÉS

- Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 16. La igualdad de los derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 4. Artículo 3. Derecho igual entre hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos.

- Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 18. Sobre la no discriminación.
- Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 28. Artículo 3. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 14. El derecho al disfrute más alto posible de salud (artículo 12).
- Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 16. La igualdad de los derechos del hombre y la mujer al Comité disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general N° XXV. Relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género. Aprobada en su 56° período de sesiones (2000).

## OPINIONES CONSULTIVAS E INFORMES DEL SISTEMA INTERAMERICANO

### INFORMES DE LA RELATORÍA

CIDH. Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas (13 de octubre 1998). OEA/Ser.L/V/II.100. Doc.17. En este informe se establece que la discriminación contra la mujer se refiere a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

CIDH. Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México. El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. OEA/SerL/V/II.117. Doc.1 rev. 7 de marzo 2003. El informe se refiere a los derechos de las mujeres de Ciudad Juárez, México, a no ser objeto de violencia y discriminación. En él se expone la grave situación de violencia que enfrentan las mujeres y las niñas de Ciudad Juárez, consistentes, inter alia, en homicidios y desapariciones, así como actos de violencia sexual y doméstica, y se ofrecen recomendaciones destinadas a ayudar a los Estados Unidos Mexicanos (“Estado” o “Estado

mexicano”) a ampliar sus esfuerzos tendientes a respetar y garantizar esos derechos.

CIDH. *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007. Se hace un análisis sobre los alcances del acceso a la justicia. El principio de no discriminación por razón de sexo y la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, se señalan los principales obstáculos para las víctimas de violencia en las Américas. En el caso de las mujeres, la CIDH ha establecido que la obligación de garantizar la igualdad y no discriminación está vinculada con la prevención, la investigación y la sanción de la violencia contra ellas.

CIDH. Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. OEA/Ser. L/II. Doc. 67, 18 de octubre 2006. Desarrolla aspectos interesantes relacionados con la interseccionalidad de las discriminaciones como: el vínculo profundo que sostienen las mujeres indígenas con su cultura, constituida a partir de la estrecha relación con sus territorios ancestrales y los recursos que allí se ubican y el especial riesgo a violaciones de derechos humanos que enfrentan las mujeres indígenas, en base a formas de discriminación y violencia históricas en base a factores

combinados con su sexo, como su etnia, raza y posición de desventaja económica.

## CORTE INTERAMERICANA OPINIONES CONSULTIVAS

Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18. Desarrolla criterios sobre los alcances de la discriminación e indica que no son admisibles los tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición de discriminación.

Corte I.D.H. Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de Enero de 1984, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica. Establece en relación con la naturalización que no toda distinción es discriminatoria y que una medida diferenciada es aceptada cuando persigue fines legítimos y hay proporcionalidad entre las diferencias establecidas por la medida y los objetivos.

Corte I.D.H. Opinión Consultiva OC-16/1999, la Corte Interamericana manifestó que

“El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”.

## PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL CONVENIO EUROPEO CONSTITUCIONES EUROPEAS

### CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES, 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

Art. 14.- “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier situación”.

Nótese que en este texto el sexo encabeza la relación de todas las discriminaciones.

En el mismo sentido se debe incluir la modificación de algunas constituciones europeas para incluir a las mujeres como sujetos constitucionales de derechos afirmando su autonomía respecto al genérico hombre. Cabe destacar que el derecho a la igualdad de las mujeres adquiere

sustantividad propia, no ligándose a la prohibición de discriminación por razón de sexo

**Constitución francesa (1999):** Art. 3. “...La ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos”

**Constitución belga (2002):** Art. 10. “Se garantiza la igualdad de mujeres y hombres”.

**Constitución portuguesa (1997):** Art. 109 “La participación directa y activa de hombres y mujeres en la vida política es condición e instrumento fundamental de consolidación del sistema democrático, debiendo la ley promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos y la no discriminación por razón de sexo en el acceso a los cargos públicos.”

**Constitución alemana (1994):** Art. 3.1. “Todas las personas son iguales ante la ley”. 2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado fomentará la realización efectiva de la igualdad entre mujeres y hombres e impulsará la supresión de las desigualdades.”

En el ámbito de la Unión Europea desde el Tratado de Ámsterdam, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa dota de mayor relieve la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres y dispone que la igualdad

entre mujeres y hombres constituya una misión y un objetivo de la comunidad:

Arts. 1-2. Valores de la Unión. “La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

Parte II, art. 80: “Se prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

Parte II, art. 83: “La igualdad entre mujeres y hombres debe garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y remuneración. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”.

Parte III. De las políticas y el funcionamiento de la Unión art. 116: “En todas las acciones contempladas en la presente parte. La Unión tratará de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y de promover la igualdad”.

En este ámbito de la igualdad de mujeres y hombres, la **Ley 30/2003, de 13 de octubre**, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, la **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre**, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo**, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, han situado al Estado español entre los países que poseen un marco normativo más avanzado en materia de igualdad.

Esta última (LOI), de eficacia en todo el Estado, representa una propuesta ambiciosa para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres mediante un enfoque transversal gracias a una perspectiva integral e integrada del principio de igualdad, que incide sobre múltiples esferas: políticas, sociales, económicas y culturales, con una abundante carga de materias y reformas de todo tipo. En el interior del Estado, en cada Comunidad Autónoma, también se han reformado sus Estatutos de Autonomía en este sentido, aprobándose también leyes específicas de igualdad de mujeres y hombres.

## TRATADOS, RESOLUCIONES Y DIRECTIVAS

Hasta el Tratado de Ámsterdam, únicamente el artículo 119 TCEE, aludía a la igualdad en la retribución salarial entre hombres y mujeres por un mismo trabajo, constituyendo este artículo la base jurídica para el desarrollo de una ingente cantidad de normas de Derecho derivado y el fundamento del acervo comunitario en materia de igualdad. El Tratado de Maastricht recoge el principio de igualdad material en el artículo 6 del Protocolo sobre Política Social, anexo al Tratado, que permite que los Estados miembros adopten o mantengan medidas que ofrezcan ventajas específicas destinadas a facilitar el ejercicio profesional de las mujeres o a evitar o compensar desventajas en su carrera profesional. Esta referencia se introduce posteriormente en el artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam.

Los artículos 2 y 3 del TCE, desde el Tratado de Ámsterdam, proclaman como misión y fin de la Comunidad la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres mediante la realización de las políticas comunitarias, siendo un objetivo básico “eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad” (introduciendo la noción del *mainstreaming* en todas las políticas de la Unión).

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma, el 29 de octubre de 2004 —de cara al futuro—, incide en la igualdad con un carácter multidimensional. Así, en el preámbulo se contempla la igualdad como un valor universal. En el artículo I-2 se proclama la igualdad como valor común a todos los Estados miembros, en una sociedad caracterizada por -entre otros- la no discriminación y la igualdad entre mujeres y hombres. Y en el artículo I-3 se establece la lucha contra la discriminación y el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres como objetivos de la Unión. El principio de igualdad democrática se acuña en el artículo I-45. Incluso, en el preámbulo de la parte II, relativo a la Carta de Derechos Fundamentales, se reconoce la igualdad como valor indivisible y universal, estableciendo el artículo II-80 la igualdad formal de todas las personas ante la ley, y el artículo II-83 proclama directamente la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos. Estos dos últimos preceptos recogen la igualdad en cuanto derecho fundamental. De momento, y hasta que el Tratado constitucional entre en vigor, los derechos fundamentales de la Carta se harán visibles a través de la función de los operadores públicos como aplicadores e intérpretes del Derecho comunitario.

- Artículo 2 TCE

La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una Unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes (...) la igualdad entre el hombre y la mujer

### GÉNERO, CONSTITUCIÓN Y ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

- Artículo 3 TCE

1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente tratado:

(...)

(En los incisos del apartado primero de este artículo se enuncian las distintas políticas comunitarias, como por ejemplo la libre circulación y la política aduanera, la política agrícola y de pesca, la cohesión económica y social, el medio ambiente, la investigación y el desarrollo tecnológico, la educación, la protección de la salud, la cooperación para el desarrollo, etc.).

2. En todas las actividades descritas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el ob-

jetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.

- Artículo 13 TCE

Sin perjuicio de las otras disposiciones del presente tratado y dentro de los límites de las competencias que este confiere a la Comunidad, el consejo, por unanimidad, a propuesta de la comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

- Artículo 137.1 TCE

Para la consecución de los objetivos del artículo 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

(...) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo.

- Artículo 141.1 TCE

Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.



- Artículo 141.3 TCE

El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, y previa consulta al Comité Económico y Social adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

### IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

El principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

- Artículo 141.4 TCE

Con objeto de garantizar en la práctica la igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

- Artículo 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989:

Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igual-

dad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin, conviene intensificar, donde quiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional, y la evolución de la carrera profesional. Conviene, asimismo, según la Carta, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares.

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. En el preámbulo se reconoce la igualdad como valor universal.

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Parte I, Título I, artículo I-2: La Unión se fundamenta en los valores de respeto (...) a la igualdad (...) en una sociedad caracterizada por (...) la igualdad entre mujeres y hombres.

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Parte I, Título I, artículo I-3: La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres...

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Parte II, Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión. En el preámbulo se considera la igualdad como un valor indivisible y universal.

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Parte II, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, Título III, Igualdad, artículo II-80: Todas las personas son iguales ante la Ley

#### GÉNERO, CONSTITUCIÓN Y ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Parte II, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, Título III, Igualdad, artículo II-83: La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado.

- Resolución de 21 de enero de 1974 del Consejo, sobre programa de acción social.
- Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, sobre igualdad de retribución de trabajadoras y trabajadores.

- Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, igualdad de trato en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.

- Directiva 79//7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1979, sobre progresiva aplicación de igualdad de trato en materia de Seguridad Social.

- Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, modificada por la Directiva 96/97/CEE, de 20 de diciembre de 1996, igualdad de trato en materia de Seguridad Social.

- Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, trabajadores autónomos, igualdad de trato y protección de la maternidad.

- Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la seguridad e higiene en el trabajo.

- Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, seguridad y salud en el trabajo de las mujeres embarazadas o en período de lactancia.

- Directiva 96/34/CEE del Consejo, de 3 de junio de 1996, sobre excedencias parentales.

- Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. (449)

### IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, marco general de la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación.
- Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo e integra la transversalidad como un principio vinculante para los Estados miembros, que deben incorporar la igualdad al conjunto de las acciones y políticas generales.

El Tribunal de Justicia de las comunidades europeas ha declarado de forma reiterada que la igualdad entre mujeres y hombres es un principio del Derecho comunitario que encierra un verdadero derecho fundamental, con todos los efectos que esta configuración jurídica produce en el ordenamiento comunitario. Este principio exige que no se traten de forma diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones distintas, a no ser que lo contrario esté objetivamente justificado (Sentencia de 13 de abril de 2000, *Karlsson*, y Sentencia de 26 de junio de 2001, *Brunnhöfer*). Hito relevante fue el Tratado de Ámsterdam, que

entró en vigor el 1 de mayo de 1999, que dio un notable impulso al reconocimiento de la igualdad y la no discriminación en la Unión

### FUENTES DERECHO INTERNACIONAL

La Conferencia de Pekín plasmó la transversalidad en forma clara y explícita.

- Declaración de Pekín.

38. Por la presente nos comprometemos en calidad de Gobiernos a aplicarla siguiente Plataforma de Acción y a garantizar que todas nuestras políticas y programas reflejen una perspectiva de género.

- Plataforma de Acción.

5. Para que la Plataforma de Acción tenga éxito se necesitará el empeño decidido de los gobiernos, las organizaciones internacionales y las instituciones a todos los niveles. También será preciso movilizar recursos suficientes a nivel nacional e internacional, así como recursos nuevos y adicionales para los países en desarrollo, a través de todos los mecanismos de financiación existentes, incluso las fuentes multilaterales, bilaterales y privadas para el adelanto de la mujer; recursos financieros para fortalecer la capacidad de las instituciones nacionales, subregionales, regionales e internacionales; una dedicación a

la igualdad de derechos, la igualdad de responsabilidades y oportunidades y la participación en pie de igualdad de mujeres y hombres en todos los órganos y procesos de adopción de políticas nacionales, regionales e internacionales, y el establecimiento o el fortalecimiento de mecanismos a todos los niveles para el proceso de rendición de cuentas a las mujeres del mundo.

58. Medidas que han de adoptar los gobiernos:

a) Revisar y modificar, con la participación plena e igualitaria de la mujer, las políticas macroeconómicas y sociales con miras a alcanzar los objetivos de la Plataforma de Acción.

b) Analizar, desde una perspectiva de género, las políticas y los programas, incluidos los relativos a la estabilidad macroeconómica, el ajuste estructural, los problemas de la deuda externa, la tributación, las inversiones, el empleo, los mercados y todos los sectores pertinentes de la economía, en relación con sus efectos en la pobreza, en la desigualdad y, particularmente, en la mujer; evaluar las repercusiones de esas políticas y programar el bienestar y las condiciones de vida de la familia y ajustar estos, según convenga, para fomentar una distribución más equitativa de los bienes de producción, el patrimonio, las oportunidades, los ingresos y los servicios.

Se debe remarcar también que la Plataforma incorpora en forma efectiva la dimensión transversal de la igualdad, constituyendo un modelo para la aplicación de políticas públicas en todos los ámbitos.

Además, en la revisión de la Plataforma de Acción de Pekín (IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer) se constata que la evaluación del impacto de género deriva del desarrollo de las previsiones en materia de igualdad del Tratado de Ámsterdam (arts. 2 y 3 del Tratado de la Comunidad Europea) y de la Decisión del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, aprobando el IV Programa de Acción Comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005).

## DERECHO COMUNITARIO

Desde el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de la Comunidad Europea dispone que la igualdad entre las mujeres y los hombres constituye una misión y un objetivo de la Comunidad que esta deberá tener presente en todas sus políticas. Ello ha sido también integrado en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y desarrollado en numerosas disposiciones comunitarias (reglamentos, directivas y recomendaciones especialmente), que han obligado a

tener presente la dimensión de la igualdad en todas las políticas comunitarias

Competencias autonómicas, igualdad de mujeres y hombres y evaluación del impacto de género

- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Artículo 2. La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una Unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes... la igualdad entre el hombre y la mujer...

Artículo 3.1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado:

(En los incisos del apartado primero de este artículo se enuncian las distintas políticas comunitarias, como por ejemplo la libre circulación y la política aduanera, la política agrícola y de pesca, la cohesión económica y social, el medio ambiente, la investigación y el desarrollo tecnológico, la educación, la protección de la salud, la cooperación para el desarrollo, etc.).

2. En todas las actividades descritas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.

En aplicación de esta legislación, la dimensión transversal de la igualdad de mujeres y hombres va adquiriendo una cada vez mayor presencia en la legislación comunitaria, desde el Reglamento de Fondos Estructurales (1999) al reciente Reglamento regulador de la Cooperación al Desarrollo (2004).

- Decisión del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, aprobando el IV Programa de Acción Comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005).

Entre otras cuestiones, esta decisión introduce la evaluación del impacto de género como instrumento de garantía de la transversalidad de la igualdad de mujeres y hombres en la definición de las políticas públicas.

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Artículo III-2 (antiguo apartado 2 del art. 3 TCE).

En todas las acciones contempladas en la presente parte, la Unión tratará de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y de promover su igualdad (622).

## GÉNERO, CONSTITUCIÓN y ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Artículo III-3 (nuevo). Al definir y ejecutar las políticas y acciones contempladas en la presente parte, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Artículo III-8 (antiguo art. 13 TCE). 1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de la Constitución y dentro de los límites de las competencias que ésta atribuye a la Unión, podrán establecerse mediante ley o ley marco europea del Consejo medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

## DERECHO ESTATAL

No existe ninguna legislación de alcance general que se refiera a la necesidad de salvaguardar la igualdad de mujeres y hombres en el ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas.

Por otra parte, sí contamos con la exigencia de efectuar una evaluación del impacto de gé-

nero que puedan originar las normas jurídicas españolas.

Mediante la Ley 30/2003, en cumplimiento de lo acordado en la Plataforma de Acción de Pekín (IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer), el desarrollo de las previsiones en materia de igualdad del Tratado de Ámsterdam, la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, aprobando el IV Programa de Acción Comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005) y, entre otras, las previsiones de la Comisión Europea para la integración de la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias, se modificó el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del gobierno, disponiendo lo siguiente:

El procedimiento de elaboración de proyectos de ley, al que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste al que dará lugar.

En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica (623).

Competencias autonómicas, igualdad de mujeres y hombres y evaluación del impacto de género.

#### DERECHO AUTONÓMICO

Diversas comunidades autónomas han aprobado ya leyes de igualdad, en el marco de las

cuales existen referencias, directas o indirectas, a la necesidad de que el ejercicio de las competencias autonómicas ha de tener presente la dimensión de la igualdad de mujeres y hombres. También hay que señalar que, ya sea en el contexto de estas leyes o mediante leyes específicas, en diversas comunidades autónomas existe la obligatoriedad de que en la preparación de los proyectos de ley y reglamento se incorpore una evaluación del impacto de género que tal norma pueda producir.

### PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN JURISPRUDENCIA SISTEMA

#### INTERAMERICANO

CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, Informe N° 28/98. La Comisión sostuvo que “se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferencia de tratamiento”. Luego, la CIDH introdujo la idea de que “las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso”, en el cual “se tendrían que esgrimir razones de peso para justificar una distinción basada exclusivamente en el sexo.

CIDH. *María Da Penha Maia Fernandes contra Brasil*. 16 de abril 2001 Informe N° 54/01 Caso 12.051. Estableció frente a una petición individual el vínculo entre la discriminación y la violencia de la que son objeto las mujeres. Este caso, presentado por una víctima de violencia doméstica en Brasil, permitió a la CIDH aplicar la Convención de Belén do Pará por primera vez y decidir que el Estado no había actuado con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario.

CIDH. *Raquel Martín de Mejía contra Perú*, Informe Final N° 5/96. Caso 10.970, de 10 de

marzo 1996. Se establece la garantía, contemplada en la Convención Americana, del derecho a vivir libre de violación, aunque no define los elementos de la violación, pero sostiene que el acto de violación podía violar las garantías contra la tortura que está prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana.

Corte IDH. Caso del *Penal Miguel Castro Castro contra Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C N° 160. El tribunal consideró que dicho instrumento constituye una referencia de interpretación de la Convención y añadió de manera puntual que de acuerdo con las obligaciones internacionales contraídas por el Perú, este tiene el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana, pero además conforme a las obligaciones específicas que le imponen las convenciones especializadas que ha suscrito y ratificado en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra las mujeres.

Corte IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. La Corte en esta sentencia determina responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención Belén do Pará.

Asimismo, analiza y determina el alcance de las obligaciones que surgen a partir de la ratificación de la Convención Belén Do Pará, concluyó que en el caso en concreto, la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación, razón por la cual, el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con el deber de garantía del derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal en perjuicio de las tres víctimas; y en relación con el acceso a la justicia en perjuicio de las y los familiares de las víctimas. De especial relevancia es que en la *Sentencia del Campo Algodonero*, la Corte establece el importante precedente de que los homicidios por razones de género de las mujeres no sean considerados casos aislados “sino una situación estructural y un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y la mentalidad y que estas situaciones están fundadas en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”.

Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C N° 216. La Corte Interamericana declaró que el Estado mexicano es responsable de violar en perjuicio de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, los derechos humanos relativos a la integridad personal, dignidad, a



la vida privada, las garantías judiciales, la protección judicial, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en el domicilio (en el caso de Inés), los derechos de la niña (en el caso de Valentina); de incumplir el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, así como incumplir la obligación general de garantizar, sin discriminación el derecho de acceso a la justicia.

En relación a la violación sexual que sufrieron ambas mujeres fue calificada como tortura, en vista de que se acreditaron los elementos de intencionalidad, sufrimiento físico/mental severo y finalidad.

Otro aspecto en cuanto a la discriminación en el acceso a la justicia es la falta de respuesta del sistema que provoca la no credibilidad del mismo. Como lo establece la Corte: “Lo anterior ha provocado que integrantes de las comunidades indígenas no acudan a los órganos de justicia o instancias públicas de protección de los derechos humanos por desconfianza o por miedo a represalias, situación que se agrava para las mujeres indígenas puesto que la denuncia de ciertos hechos se ha convertido para ellas en un reto que requiere enfrentar muchas barreras, incluso el rechazo por parte de su comunidad y otras ‘prácticas dañinas tradicionales’.”

## JURISPRUDENCIA ESPAÑA Y SISTEMA EUROPEO

### TEST DE CONSTITUCIONALIDAD ESPAÑA

El derecho a la igualdad impide, en principio, considerar al sexo como criterio de diferenciación (STC 28/1992, de 9 de marzo), resumiendo la doctrina que este Tribunal ha venido elaborando sobre el derecho a la igualdad en la Ley. Los rasgos esenciales de esta doctrina se sintetizan en la STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76), reproducidos por la más reciente STC 253/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004, 253): “a) no toda desigualdad de trato en la Ley su-

pone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos

diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos” (F. 5). Asimismo, se cita la STC 181/2000, de 29 de junio ( RTC 2000, 181), en la que se declara que el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido

de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria” (F. 10).

Constatada la diferencia de trato, se valora la justificación de la diferencia partiendo de la doctrina de la acción positiva o derecho desigual igualatorio (STC 229/1992, de 14 de diciembre [RTC 1992, 229]), acogida por este Tribunal. Aquella se puede definir como un remedio corrector de pasadas injusticias que han recaído sobre grupos determinados, procurando una redistribución del empleo, la educación, los cargos públicos y otros bienes escasos, a favor de esos grupos, caracterizados normalmente por su raza, etnia o género, llegando a otorgarles un trato preferencial que facilite su acceso a esos bienes, como compensación a actuales o pretéritas discriminaciones dirigidas contra ellos, con la finalidad de procurar una distribución proporcionada de aquellos.

El origen histórico de la acción positiva suele situarse en el Derecho de los Estados Unidos de América, si bien se ha extendido a otros países, y se ha proyectado incluso en el ordenamiento comunitario europeo (art. 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea [RCL 1999, 1205 ter], cuyo contenido reiteran la Directiva 2002/73/CE [LCEur 2002, 2562] y la Propuesta de Directiva 2004/0084). También se invocan algunos pronunciamientos de este Tribunal (SSTC 3/1993, de 14 de enero [RTC 1993, 3]; 229/1992, de 14

de marzo [RTC 1992, 229] ; 28/1992, de 9 de marzo [RTC 1992, 28]), en los que se hace eco de la legitimidad de estas políticas en relación con supuestas discriminaciones por razón de sexo. Particularmente, la ya citada STC 28/1992, de 9 de marzo (RTC 1992, 28), donde se distingue entre normas protectoras, que responden a una consideración no igual de la mujer como trabajadora, constitucionalmente ilegítimas; y normas que podrían denominarse promotoras, esto es, las que contienen medidas tendentes a compensar una desigualdad de partida y que tratan de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento en el empleo de la mujer en relación con el varón.

## TRIBUNAL EUROPEO JURISPRUDENCIA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una importante jurisprudencia en relación con la igualdad y no discriminación por razón de sexo:

- Sentencia de 4 de junio de 2002, asunto *Wessels-Bergevoet*. Se aprecia violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo, cuando al cónyuge no se le reconoce derecho a recibir una pensión que sí obtendría el cónyuge femenino.
- Sentencia de 27 de marzo de 1998, asunto *Petrovic contra Austria*. Se alega violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 (res-

peto a la vida familiar y personal). Se aprecia discriminación por razón de sexo porque no se le reconoce el permiso parental al padre.

- Sentencia de 22 de febrero 1994, asunto *Burghartz contra Suiza*. Se alega violación del artículo 14 en relación con el artículo 8, y se solicita conservar por parte de la mujer su nombre de soltera después de contraer matrimonio. Se aprecia violación y se proclama el derecho solicitado.
- Sentencia de 18 de julio de 1994, asunto *Karlheinz Schmidt*. Se alega violación del artículo 14 en relación al artículo 1.1 del Protocolo número 1, solicitando que se le exima del pago de un impuesto que se le aplica por el hecho de ser hombre. No se reconoce la existencia de discriminación.
- Sentencia de 28 de mayo de 1985, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*. Se alega violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 en un asunto sobre reagrupación familiar negada a los cónyuges masculinos. Se acepta la existencia de discriminación fundada en el sexo.
- Sentencia de 21 de febrero de 1997, asunto *Van Raalte*. Se alega violación del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo número 1, en materia de impuestos que gravan de forma diferente la propiedad de hombres y mujeres. Se aprecia discriminación.

- Sentencia de 16 de febrero de 2005, asunto *Ünal Tekeli contra Turquía*. Se alega violación del artículo 14 en relación con el artículo 8. Se acepta el derecho a conservar el nombre de soltera para evitar discriminaciones por razón de sexo.

### SENTENCIAS SOBRE IGUALDAD RETRIBUTIVA

- Sentencia de 25 de mayo de 1971, *Defrenne I*, asunto 80/70, Rec. p. 5173.
- Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, asunto 43/75, Rec. p. 455 (muy importante, art. 119 TCEE efecto directo).
- Sentencia de 15 de junio de 1978, *Defrenne III*, asunto 149/77, Rec. p. 1365 (igualdad-principio fundamental).
- Sentencia de 17 de mayo de 1990, *Barber*, asunto 262/88, Rec. p. 1889 (pensiones ocupacionales).
- Sentencia de 27 de junio de 1990, *Kowalska*, asunto 33/89, Rec. p. 2591 (igualdad en la negociación colectiva).
- Sentencia de 26 de junio de 2001, *Brunnhoffer*, asunto C-381/99, Rec. p. 4961 (aclaratoria de concepto de retribución).
- Sentencias sobre igualdad en el empleo y la ocupación (acceso al empleo, condiciones laborales y terminación del contrato).
- Sentencia de 13 de mayo de 1986, *Bilka*, asunto 170/84, Rec. p. 1607 (juicio de proporcionalidad).

### GÉNERO, CONSTITUCIÓN Y ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

- Sentencia de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, 109/88, Rec. p. 3199 (segregación salarial femenina en el sistema retributivo).
- Sentencia de 27 de octubre de 1993, *Enderby*, C-127/92, Rec. p. 5535 (inversión de la carga de la prueba y prueba estadística).
- Sentencia de 9 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Pérez*, C-167/97, Rec. p. 623 (término de la comparación).
- Sentencia de 23 de octubre de 2003, *Schönheit*, asuntos acumulados. C-4/02 y C-5/02 (trabajo a tiempo parcial), Rec. p. 12575.
- Sentencia de 2 de mayo de 2004, *Elsner-Lakeberg*, C-285/02 (discriminación indirecta, trabajo a tiempo parcial, todavía no figura en la recopilación).

## SENTENCIAS SOBRE NO DISCRIMINACIÓN DE TRABAJADORAS EMBARAZADAS

- Sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88, Rec. p. 3941 (discriminación por razón de embarazo en el acceso al empleo = discriminación directa por razón de sexo).
- Sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Hertz*, asunto 179/88, Rec. p. 3979 (discriminación una vez contratada).
- Sentencia de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, Rec. p. 1657.
- Sentencia de 14 de julio de 1994, *Webb*, C-294/92, Rec. p. 1717 (embarazo y enfermedad).
- Sentencia de 30 de junio de 1998, *Brown*, C-394/96, Rec. p. 4185 (embarazo y enfermedad).
- Sentencia de 3 de febrero de 2000, *Mahlburg*, C-207/98, Rec. p. 549 (igualdad y seguridad y salud de la trabajadora embarazada).
- Sentencia de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar*, C-438/99, Rec. p. 6915 (igualdad y contrato de trabajo de duración determinada).

- Sentencia de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, C-342/01 (derecho a vacaciones en período distinto de permiso por maternidad).

## EXCEPCIONES

- Sentencias de 27 de julio de 1991, *Stoeckel*, asunto 345/89, Rec. p. 4047, y de 3 de febrero de 1994, *Minne*, C-13/93, Rec. p. 376 (prohibición de trabajo nocturno).

## IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

- Sentencias *Rinner-Kühn*, asunto 171/88, Rec. p. 2743; de 19 de noviembre de 1992, *Mollenbroek*, C-226/91, Rec. p. 5963, y de 14 de diciembre de 1995, *Nolte*, C-317/93, Rec. p. 4625 (medidas legítimas de política social).

## Sentencias sobre medidas de acción positiva

- Sentencia de 14 de octubre de 1995, *Kalanke*, C-450/93, Rec. p. 3051 (prohibición).
- Sentencia de 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, C-409/95, Rec. p. 6363 (admisión con cláusula de apertura).
- Sentencia de 28 de marzo 2000, *Badeck*, C-158/97, (principio de proporcionalidad).
- Sentencia de 6 de julio de 2000, *Abrahams-son*, C-407/98.

- Sentencia de 30 de septiembre de 2004, Briheche, C-319/03.

### JURISPRUDENCIA RECIENTE

- Sentencia de 10 de marzo de 2005, Nikoloudi, C-196/02 (trabajadoras a tiempo parcial-término de la comparación).
- Sentencia de 13 de enero de 2005, Mayer, C-356/03 (maternidad).
- Sentencia de 12 de octubre de 2004, Wippel, C-313/02 (trabajadoras a tiempo parcial, término de la comparación).

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en relación al principio de igualdad del artículo 14 es muy abundante. El carácter relacional de este principio permite su alegación en relación con cualquier otro derecho de la parte dogmática de nuestra Constitución. La jurisprudencia del Alto Tribunal en materia de amparo es amplia, por lo que hemos seleccionado las siguientes sentencias:

- STC de 2 de julio de 1981: "... el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la CE no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica".

- STC de 10 de julio de 1981: "... el principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca".

- STC 43/82, de 6 de julio: "... el principio de igualdad ante la Ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad".

- STC 49/82, de 14 de julio: "... la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley del artículo 14 de la CE no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva".

- STC 76/83, de 5 de agosto: "... la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas". (454)



