

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

La adecuación constitucional de las acciones afirmativas en beneficio de las mujeres en los concursos realizados por el Consejo de la Judicatura Transitorio y por el Consejo de la Judicatura definitivo (julio 2011-abril 2013)

Ángel Guillermo Arias Inga

Tutora: Elsa Genoveva Guerra Rodríguez

Quito, 2022



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Ángel Guillermo Arias Inga, autor de la tesis intitulada “La adecuación constitucional de las acciones afirmativas en beneficio de las mujeres en los concursos realizados por el Consejo de la Judicatura Transitorio y por el Consejo de la Judicatura definitivo (julio 2011-abril 2013)”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Investigación en Derecho, mención Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

28 de septiembre de 2022

Firma: _____

Resumen

La pregunta planteada y que la responderemos en esta investigación, consiste en verificar si las acciones afirmativas (asignación de puntos y preferencia en caso de empate) que fueron incluidas en la normativa para los concursos de juezas o jueces, en beneficio de las mujeres, son o no constitucionalmente apropiadas. Para ello, en primera instancia, estudiaremos los conceptos básicos que atañen a esta indagación, tales como: igualdad, no discriminación, acciones afirmativas, meritocracia, diferencia. Después, aplicando el test de razonabilidad al trato diferente que se da entre ellas y ellos, al adoptar estas acciones, observaremos que este tratamiento está justificado, luego, haremos un recorrido por los distintos concursos de méritos y oposición para ser juezas y jueces, haciendo hincapié en las implicaciones que han tenido las acciones afirmativas en aquellos. Con esta investigación se concluye que las acciones afirmativas otorgadas para ellas en estos concursos son plenamente constitucionales, porque contribuyen a la igualdad en su sentido material, porque permiten erradicar la desigualdad estructural entre los géneros, que no atentan contra la meritocracia o la igualdad formal, porque ellas han sido víctimas de discriminación por mucho tiempo, y porque la posibilidad de que más mujeres participen y ganen los concursos contribuyen a que las decisiones que ellas adopten más diversas. Asimismo, se colige en que debido a la persistencia de las brechas de desigualdades entre ellas y ellos, las acciones afirmativas en los concursos se vuelven indispensables hasta que se logre alcanzar la paridad en la judicatura.

Palabras claves: acciones afirmativas, género, igualdad, discriminación, concursos.

Nada sería posible, sin el apoyo del Creador y la familia.

Este trabajo está dedicado a Dios, a mi compañera de vida (Gaby) a mi hija (Alanis) a mi hijo (Guillermo) a mi madre (Margarita) y a mi padre (Guillermo) que sin importar fecha en el calendario han sido mi baluarte en la consecución de este proyecto.

Para quienes luchan por alcanzar una sociedad más justa.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar, por ser la pionera en el ámbito de los estudios de cuarto nivel, porque luego de pasar por sus aulas universitarias, se ve que es posible formar estudiantes de excelencia. De manera especial, mi gratitud para la Dra. Elsa Genoveva Guerra Rodríguez, por haberme acompañado en la dirección de la tesis.

Tabla de contenidos

Introducción.....	15
Capítulo primero Igualdad y no discriminación: claves para entender las acciones afirmativas	19
1. La igualdad	19
1. 1. Breve aproximación histórica de la igualdad	21
1. 2. Clases de igualdad	24
1. 2. 1. Igualdad formal.....	24
1. 2. 2. Igualdad material	27
1. 2. 3. Igualdad de género.....	30
2. La discriminación	33
2. 1. Concepto.....	33
2. 2. Clases.....	36
2. 2. 1. Discriminación directa.....	36
2. 2. 2. Discriminación indirecta.....	36
2. 2. 3. La no discriminación	37
3. Las acciones afirmativas.....	39
3. 1. Origen	39
3. 2. Concepto.....	41
3. 3. Elementos de las acciones afirmativas	42
3. 4. Justificación	44
3. 4. 1. Justicia compensatoria.....	45
3. 4. 2. Justicia distributiva.....	46
3. 4. 3. Utilidad social.....	47
3. 5. Argumentos en contra y a favor de las acciones afirmativas	48
3. 6. Tipos de acciones afirmativas.....	52
3. 6. 1. Acciones afirmativas suaves.....	52
3. 6. 2. Acciones afirmativas fuertes	54
4. La igualdad como derecho a la diferencia: no todo trato distinto es discriminatorio	58

Capítulo Segundo La adecuación constitucional de las acciones afirmativas otorgadas en beneficio de las mujeres en los concursos convocados y realizados por el Consejo de la Judicatura transitorio y por el Consejo de la Judicatura definitivo	61
1. Requisitos del test de razonabilidad aplicado al juicio de igualdad	61
1. 1. La existencia de un objetivo perseguido a través del trato desigual.....	62
1. 2. Objetivo constitucionalmente válido	63
1. 3. Trato desigual razonable.....	63
2. Sujetos de las acciones afirmativas	66
2. 1. Sujeto activo	66
2. 2. Sujeto pasivo.....	67
3. Análisis de las acciones afirmativas previstas en el reglamento sustitutivo de concursos de méritos y oposición para la selección y designación de servidoras y servidores de la Función Judicial a la luz de la Constitución	68
3. 1. Aproximación contextual de la mujer ecuatoriana en las funciones ejecutiva y legislativa.....	68
3. 2. Aproximación contextual de la mujer ecuatoriana en la judicatura	70
3. 3. Concurso de méritos y oposición para el cargo de juezas y jueces, dentro del período: julio 2011-abril 2013	76
A. Concursos convocados por el CJ Transitorio y por el CJ definitivo para el cargo de juezas y jueces	80
B. Concurso para juezas y jueces de la Corte Nacional	81
C. Concurso para 101 cargos de juezas y jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y de Contravenciones	84
D. Concurso 305 juezas y jueces	87
E. Concurso para designar 1284 cargos para juezas y jueces.....	91
4. Nudos problemáticos vinculados a las acciones afirmativas en los concursos para juezas y jueces	93
4. 1. El otorgamiento de puntos por el hecho de ser mujer	94
4. 2. La preferencia automática de la mujer cuando empata con un hombre	98
5. El principio meritocrático relacionado con el de igualdad material	102
6. Análisis de los efectos de la aplicación de las acciones afirmativas en los concursos realizados por el CJ transitorio y por el CJ definitivo	106
7. Factores aparte del género que se han tomado en cuenta en tales concursos.....	107

8. Desafíos de las acciones afirmativas para mujeres desde un enfoque interseccional	
.....	109
Conclusiones.....	115
Bibliografía.....	119

Introducción

Las mujeres siguen armonizando sus actividades profesionales con las labores domésticas, las cuales ocupan gran parte de su tiempo, esto genera que no puedan seguirse preparando, pues tienen que lidiar en los ámbitos público y privado, y por dedicarse más a su familia, terminan cediendo espacio a su desarrollo profesional.

Siendo parte de una colectividad, donde persiste la discriminación hacia ellas, a pesar de las campañas emprendidas por el Estado, es imperioso realizar un estudio sobre acciones afirmativas, concebidas como herramientas que permiten alcanzar una sociedad justa, donde reine la igualdad material entre todas y todos, y se superen las desigualdades por el género.

La Constitución del Ecuador reconoce a las acciones afirmativas como instrumentos en favor de los titulares de derechos que se hallan en situación de desigualdad,¹ entre ellos, están las mujeres que aunque no constan específicamente como un grupo de atención prioritaria, no obstante, nadie duda de que han sido discriminadas. Sin embargo, la propia Constitución, dispone que el ingreso al servicio judicial sea mediante un concurso de méritos,² por lo que, *prima facie*, las mentadas acciones estarían en oposición con el principio meritocrático, motivo por el cual, esta tesis pretende verificar si los puntos otorgados por el hecho de ser mujer para los cargos de juezas al inicio del concurso, o la preferencia automática de ellas en caso de empate con ellos, al finalizar el concurso, contemplados en el reglamento respectivo,³ desde que comenzó su gestión el Consejo de la Judicatura (CJ) transitorio (julio de 2011) hasta (abril 2013) en que ya entró en funciones el CJ definitivo, son o no constitucionalmente adecuadas.

Se aclara que en el tiempo delimitado, es donde se dieron los concursos, porque, luego de abril de 2013, el CJ solo llamó a concursos para la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia (CNJ) más no para juezas y jueces de primera y segunda instancia, por esta razón, debido al tiempo en el que fue denunciado este plan, aquellos

¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11 numeral dos inciso segundo.

² *Ibíd.*, arts. 172 y 178.

³ Ecuador, Consejo de la Judicatura, *Reglamento sustitutivo de concursos para la selección y designación de servidoras y servidores de la función judicial*, Registro Oficial No. 789 14 de septiembre de 2012, art. 15 literal f y art. 42.

concursos de renovación no constan, empero, en el desarrollo de esta investigación si se los referirá, para determinar que en la CNJ la cantidad de juezas ha disminuido.

Se eligieron estas acciones afirmativas, debido a que las estadísticas y varios estudios demuestran que existen más hombres que mujeres, en los espacios de decisión, siendo uno de ellos, los juzgados, y por la novedad que demandaba la inclusión en el reglamento de las acciones afirmativas en beneficio de ellas.

El objetivo del primer capítulo es analizar la relación existente entre los conceptos de igualdad y no discriminación, para poder entender la naturaleza jurídica de las acciones afirmativas, partiendo del hecho de que no toda diferenciación de trato es discriminatoria, sino solo aquella que es arbitraria, irrazonable e injustificada. Se comienza por el desarrollo de la igualdad en la historia, se examina las clases de igualdad: formal y material, y sus implicaciones desde la problemática de género, para establecer que es necesario ver las cosas desde la igualdad no solo en la forma sino en la esencia, es decir, aquella que considera las características de todas y todos, para otorgar un tratamiento que ampare a la sociedad. Luego, exploramos la discriminación, estableciendo sus conceptos y clases. Después, estudiamos el origen de las acciones afirmativas, para deducir su concepto, sus elementos, su justificación, es decir, que son una forma de compensar a las mujeres, que es un criterio para distribuir los recursos y que todo se traduce en una ventaja para la colectividad, veremos los puntos a favor y en contra de ellas, tomando postura por la adopción de estas medidas, continuando con los tipos de acciones afirmativas: suaves y fuertes, dentro de estas últimas, están los puntos extras y el trato preferente. Para culminar en que la igualdad permite considerar las diferencias, no para excluir, sino para incluir a los colectivos que no han tenido las mismas posibilidades que los grupos aventajados respecto del acceso a los recursos.

El segundo capítulo, tiene como finalidad determinar si el otorgamiento de puntos extras por el hecho de ser mujer y la preferencia automática de ellas en caso de empate con un varón, en el tiempo que fue delimitado (julio 2011-abril 2013) transgreden o no mandatos constitucionales, especialmente, lo relacionado con la igualdad y el mérito, todo esto, para verificar si la adopción de tales acciones ha contribuido a que exista una mayor igualdad material de ellas en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, para lo cual, realizaremos una contrastación, con base a la información dada por el CJ, acerca de cuantas juezas habían el momento en que el CJ transitorio asumió sus funciones y cuantas juezas existieron luego de los concursos.

Este capítulo comienza con el estudio del test de razonabilidad aplicado al juicio de igualdad, que como herramienta metodológica, permite verificar si el tratamiento diferente es adecuado, necesario y proporcional. Luego, exploraremos el desarrollo de cada concurso, comprobando que el otorgamiento de puntos extras a ellas, así como su preferencia automática, en caso de empate con un varón, no trasgreden derechos constitucionales, ya que el principio meritocrático no es absoluto, pues si todas las personas, no han tenido un acceso real a los beneficios o a los “méritos” que otorgan puntos en los concursos, es difícil que puedan avanzar, porque deben idearse mecanismos compensatorios, siendo uno de ellos, las acciones afirmativas. Después, veremos los efectos que se han tenido con la aplicación de estas medidas. Posteriormente, analizaremos cómo al momento de calificar los méritos, se otorgan dos puntos, no sólo a ellas, sino también, a quien es indígena, afroecuatoriana o afroecuatoriano, esté en situación de movilidad, viva en zona rural, entre otros, que son apenas dos puntos frente a un universo de cien. Finalmente, incluimos un acápite que trata sobre la interseccionalidad, es decir, aquella contribución teórica y metodológica que permite comprender la diversidad de las mujeres conforme sus condiciones identitarias que atraviesan los cuerpos de ellas, haciendo una intervención estructural al problema social de la discriminación, ya no solo desde la óptica de la mujer (blanca, de clase media, heterosexual), sino recogiendo las demandas del resto de mujeres que son discriminadas por su etnia, orientación sexual, clase, entre otras categorías.

Con estas consideraciones, esta investigación denota en que aún es necesaria la adopción de acciones afirmativas en los concursos, porque la brecha entre hombres y mujeres respecto al acceso a los puestos de poder existe, y aunque esas herramientas hayan sido cuestionadas incluso por algunas mujeres, son las acciones que debe tomar el Estado o los particulares, pues, es insuficiente combatir la falta de representación de ellas, solo con campañas sensibilizadoras.

Capítulo primero

Igualdad y no discriminación: claves para entender las acciones afirmativas

Ecuador tiene una población de 17'023.000, de la cual, las mujeres constituyen el 49,97% (8'506.393) mientras que el 50,03% (8'516.607) los hombres,⁴ esto implica un equilibrio cuantitativo entre aquellas y aquellos.⁵ A pesar de ello, la discriminación hacia la mujer ha permanecido y aún persiste en nuestra sociedad, para muestra los siguientes datos: una sola mujer ha sido Presidenta de la CNJ (antes Suprema), la presidencia de Cortes Provinciales ha estado excepcionalmente en manos de mujeres,⁶ cantidad inferior si consideramos el número de varones que han ocupado tales espacios, esto significa que no se ha conseguido llegar a una verdadera igualdad.

Este capítulo pretende estudiar la relación entre igualdad y no discriminación, para conocer la implicancia que tienen estos conceptos en las acciones afirmativas, estableciendo como itinerario sus antecedentes, conceptos, clases. Luego, se establecerá la naturaleza jurídica de tales acciones, se analizará su origen, concepción, elementos, criterios de justificación, los argumentos en contra y a favor y sus variedades.

1. La igualdad

Para entender mejor un vocablo es aconsejable acudir tanto a su noción etimológica cuanto a su noción conceptual, pues solo así, se obtendrá una visión armónica y completa de su contenido; la primera posibilita a partir de sus raíces determinar el significado exacto de un vocablo; y, la segunda, por medio del lenguaje, permite representar su idea general.

⁴ Ecuador Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. “Censo Poblacional”, *Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos*, accedido 27 de abril de 2020, <http://www.inec.gob.ec/estadisticas>. Estos datos son una proyección al año 2018, pues el Censo de Población y Vivienda estaba planificado para el año 2020 y no se dio por la situación del COVID.

⁵ En este censo solo se pregunta a la persona si es hombre o mujer, no se considera en las estadísticas, por ejemplo, a las personas no binarias y que transitan en otros campos. Es alarmante que hasta la actualidad solo existe este tipo de censo, que considera al género como un tema binario, invisibilizando el resto de géneros.

⁶ Ecuador Corte Nacional de Justicia, “Paulina Aguirre Suárez, primera presidenta mujer de la CNJ de Ecuador”, accedido el 30 de enero de 2022, <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/noticias/97-enero-2018/147-paulina-aguirre-suarez-primer-presidenta-mujer-de-la-corte-nacional-de-justicia-de-ecuador>.

Igualdad deriva de *aequalitas* que expresa uniformidad o semejanza.⁷ En sentido amplio, implica: “conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma o cantidad”.⁸ En sentido específico, supone la “equivalencia de dos cantidades o expresiones”.⁹

Sin embargo, para esta investigación, nos interesa desentrañar el significado de igualdad desde el ámbito del derecho, en donde igualdad revela un juicio de comparación entre dos personas, tomando en cuenta sus características, en relación al trato que reciben del ordenamiento jurídico. Asimismo, se debe considerar que la igualdad no es la nivelación absoluta de las personas, pues existen particularidades ínsitas a cada ser humano, que le hacen diferente del resto, así, hay personas, altas, bajas, flacas, gordas, negras, blancas, pobres, ricas, motivo por el cual, es aconsejable hablar de una igualdad “propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales”,¹⁰ por ende, no habiendo discusión sobre la existencia de diferencias reales, esto no puede ser una razón para afectar la igualdad.

La igualdad no es identidad. Así, mientras la primera supone una identidad parcial, donde se hace alusión a un “juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto”.¹¹ En cambio, la segunda “se produce cuando dos o más personas tienen en común todos sus elementos o características”.¹²

La igualdad, al depender del espacio y tiempo donde se desenvuelva, se ha transformado:¹³ 1) históricamente: porque la valoración de las categorías que permiten dar un trato distinto han variado con el tiempo, antes no se veía mal que las mujeres no puedan votar, o la igualdad no es la misma en oriente que en occidente; y, 2) no se puede hacer una lista exclusiva de las calidades por las cuales no se puede discriminar a las personas. Si bien en el caso ecuatoriano, la Constitución enlista veinte categorías, sin embargo, tal disposición, al establecer en su última parte: “...ni por cualquier otra

⁷ Mario Santiago Juárez, *Igualdad y acciones afirmativas* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2007), 13.

⁸ Diccionario de la Real Academia Española, accedido el 24 de mayo de 2014. <http://lema.rae.es/drae/?val=igualdad>.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Alberto Garay, *La igualdad ante la ley* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 18.

¹¹ Encarnación Fernández, *Igualdad y derechos humanos* (Madrid: Tecnos, 2003), 19-20.

¹² Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, ed. Danilo Caicedo y Angélica Porras (Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2010), 111.

¹³ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010), 197.

distinción personal o colectiva, temporal o permanente”,¹⁴ abre la posibilidad de que se tengan en cuenta nuevas condiciones, por las que no se puede excluir, v. g.: razones genéticas; esto es, corroborado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al manifestar que “el término otra condición social, permite incorporar, otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas”.¹⁵

Finalmente, la igualdad es un derecho, principio y valor. Como todo derecho, permite que la persona demande al Estado o a los privados su incumplimiento.¹⁶ Como principio conlleva que el Estado al momento de realizar y aplicar las normas, o cuando los particulares efectúen alguna distinción entre personas, tomen en cuenta la distribución equitativa de las cargas y las ventajas sociales, siempre que no sea una diferenciación arbitraria. Como valor, la igualdad supone una exigencia constante de la vida,¹⁷ pues una sociedad es justa si trata de forma equitativa a las personas.

1. 1. Breve aproximación histórica de la igualdad

La igualdad es un concepto antiguo, que se relaciona con la justicia. Las primeras reflexiones sobre la igualdad las hizo Aristóteles, quien la concebía como “el trato igual para los iguales y desigual para los desiguales”.¹⁸ Esta noción de igualdad debe ser matizada, ya que no puede entenderse, que siempre que diferenciamos estemos transgrediendo la igualdad o que cuando tratamos de la misma forma, cumplimos con ella.¹⁹ Esta forma de ver la igualdad se resume en dos máximas: “a) trato idéntico a destinatarios que se encuentran en las mismas circunstancias; y, b) trato diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común”.²⁰

No obstante, este modelo de igualdad que atañe al sistema esclavista, en realidad no avalaba un trato igualitario, porque era legítimo, que la igualdad solo se predique en las relaciones entre los amos, pero, frente a la relación entre un amo y un esclavo, era

¹⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11 numeral dos inciso segundo.

¹⁵ Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas”, *Caso Attala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 85, https://corteidh.or.cr/docs/articulos/seriec_239_esp2.pdf.

¹⁶ Carlos Bernal Pulido, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, edit. Danilo Caicedo y Angélica Porras (Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2010), 453.

¹⁷ Antonio Pérez Luño, *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, 3a. ed. (Madrid: Tecnos, 2004), 227.

¹⁸ María Ángeles Barrére Unzueta, “Igualdad y discriminación afirmativa: “Un esbozo de análisis teórico conceptual”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 9 (2003): 2, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=759143>.

¹⁹ Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo* (Madrid: McGraw-Hill, 1995), 41.

²⁰ Bernal Pulido, “El juicio de igualdad”, 452.

admisible, que el uno tenga derechos y no deberes respecto del otro que poseía deberes y no derechos, con lo cual se cumplía una de las máximas de la igualdad, el trato diferente para personas que pertenecían a estamentos distintos dentro del aludido sistema; por ello, los teóricos se idearon un tipo de igualdad que permitiera “a los esclavizadores justificar la igualdad entre iguales y la desigualdad entre desiguales”.²¹ Sobre la igualdad entre mujeres y hombres, Aristóteles decía que ellas y ellos son distintos, que esa diferencia se había convertido en una jerarquía, mediante la cual, el varón es ubicado como superior, mientras la mujer es desplazada de la ética y del Derecho, con lo cual su inferioridad²² es aprobada.

Siguiendo la línea de tiempo, llegamos a la Revolución Francesa, producto de la cual, se aprobó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual prescribía que “todos los ciudadanos nacen libres e iguales”.²³ Fue un avance la normativización de la igualdad, ya que se abolían las diferenciaciones y los privilegios que estratificaban a la sociedad esclavista, por fin, las personas eran iguales y el ordenamiento jurídico, cuyo referente era la ley, les debía tratar de manera igual y aplicarse de forma general a todas las personas. Además, la igualdad dejó de ser una simple declaración y pasó a ser una norma jurídica.

Sin embargo, esta Declaración no se aplicó a todas las personas, sino a aquellas que reunían las características de quienes ostentaban el poder en esa época, consecuentemente, para ser sujeto de protección, se debía ser: hombre, ciudadano francés, blanco y propietario, dadas las condiciones sociales y económicas de ese tiempo, esto denotaba la matriz androcéntrica del derecho.²⁴ Si leemos la referida Declaración, podemos colegir, que no se positivizaron, muchas aspiraciones de las mujeres, por ejemplo: sus derechos sexuales y reproductivos.²⁵ Por esta razón, en Francia, el 05 de septiembre de 1791, Olympe de Gouges, fabricó la Declaración de los Derechos de la Mujer, convirtiéndose en el primer instrumento conocido en el mundo occidental que proponía la liberación femenina, para lograr una verdadera equiparación

²¹ Paula Lizano, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional”, en *Justicia, libertad y derechos humanos* (San José: IIDH, 2003), 366.

²² Diana Maffía, “La utopía feminista: igualdad y diferencia”, en *El derecho a la igualdad*, coord. Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (Buenos Aires: LexisNexis, 2007), 108.

²³ Francia, *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Asamblea Nacional Constituyente, 26 de agosto de 1789, art. I.

²⁴ Catalina Castro Llerena, “Derechos de participación y acceso de la mujer a cargos públicos”, en *Memorias de la III Conferencia de la Justicia Electoral en Iberoamérica* (Quito: Tecnoprint, 2012), 49.

²⁵ Alda Facio, “El principio de igualdad ante la ley”, en *Derechos Humanos de las mujeres: aproximaciones conceptuales*, coord. Violeta Bermúdez, (Lima: Manuela Ramos, 1996), 89.

jurídica entre ellas y los hombres, movimiento conocido como feminismo de la igualdad. Luego, con Napoleón en el poder, no solo que Olympe fue guillotizada, sino que, se dio un retroceso, con la adopción del Código Civil Napoleónico, que no reconoció capacidad a las mujeres²⁶ y las consideró como incapaces relativas, cuestión que fue eliminada bien entrado el siglo XX.

Con posterioridad, nace el Estado Social, que dicta políticas de bienestar, con el propósito de atender demandas sociales de mayor participación, y con este, aparece la igualdad material, que no se limita solo al trato igualitario que la ley da a todas las personas, sino que considera la situación concreta de las personas que forman parte de los grupos excluidos, tratando de equiparar las condiciones en el punto de partida.

Actualmente, se platica de una igualdad sin discriminación, que consiste según Boaventura de Sousa Santos, en “ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y en ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza”.²⁷ Con esta clase de igualdad se intenta, respetar las diferencias de cada persona, que no se las tome como motivo para excluirlas, sino que sirvan como causa para darles un tratamiento distinto, siempre y cuando sea justificado, legítimo y objetivo.

Sobre el desarrollo de la igualdad en las Constituciones ecuatorianas, tenemos:²⁸

Tabla 1
La igualdad en las Constituciones

Constitución	Tipos de igualdad	Análisis
1830	Igualdad formal	Para ser ciudadano se requería: estar casado, una edad de más de 22 años, poseer un bien inmueble, más de 300 pesos, ser profesional, saber leer y escribir.
1929	Igualdad formal	Era ciudadano la mujer o el hombre, de más de 18 años, que leía y escribía. En teoría se garantiza la igualdad formal.
1945	Igualdad formal	Igual que la Constitución de 1929. No existieron mayores avances.
1979	Igualdad formal y material	Para conceder derechos, no se distinguía entre ser hombre y mujer. Se detalla que en los hechos, puede haber discriminación hacia la mujer, es decir, se comienza a vislumbrar la igualdad material.
1998	Igualdad formal, material y no discriminación	Se incluye por primera vez la no discriminación, estableciendo que no es suficiente la igualdad, siendo elementos claves para comprender las acciones afirmativas, aunque se mantiene el

²⁶ Ávila, “La propuesta”, xvii.

²⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y Emancipación* (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012), 175.

²⁸ *Constituciones Ecuatorianas* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007), 2-3.

		heteropatriarcado, que no abarca a las personas con otras identidades sexuales, que no sean las de hombre o mujer.
2008	Igualdad formal, material, no discriminación, grupos de atención prioritaria, acciones afirmativas.	Aparte de avalar la igualdad y no discriminación, se pone énfasis en la adopción de las acciones afirmativas en favor de grupos vulnerables, se establece un sistema institucional sobre la igualdad, como son los Consejos de Igualdad y se considera por ejemplo que se puede discriminar por varias razones, pudiendo incluirse otras no establecidas explícitamente.

Fuente: Constituciones Ecuatorianas I: (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007)
Elaboración propia

1. 2. Clases de igualdad

La actual Constitución reconoce la igualdad como principio, valor y derecho. La igualdad es formal o material, por ello, nos referiremos a aquellas.

1. 2. 1. Igualdad formal

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DU) prescribe que: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”²⁹. Esta disposición recoge los postulados de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC), que concibe a la igualdad formal como el mismo trato que las autoridades deben dar a las personas que conforman una sociedad, al confeccionar y aplicar las leyes.

En sus inicios la igualdad formal fue uno de los mayores logros que el Estado Liberal consiguió frente al Antiguo Régimen, por ello, la igualdad fue la bandera de lucha del liberalismo.³⁰ Sin embargo, esta igualdad implicó un carácter abstencionista del Estado, pues aunque por un lado les garantizaba a las personas un marco adecuado para que puedan reclamar sus prerrogativas; por el otro lado, los poderes y funcionarios públicos no podían establecer medidas diferenciadoras entre la población al momento de elaborar o aplicar las leyes, porque sus acciones tenían límites.³¹

Esta igualdad exige que la ley tanto en su proceso de elaboración cuanto en su aplicación, no trate de manera diferente a quienes viven bajo un mismo sistema jurídico, esto implica, que las normas jurídicas deben ser generales y aplicarse de manera no

²⁹ ONU Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, art. 1, <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

³⁰ Cristina Motta, “Ciudadanía”, en *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo I, ed. Cristina Motta y Macarena Sáez (Bogotá: Siglo del hombre editores, 2008), 58.

³¹ Fernández, “Igualdad”, 57.

arbitraria, no pueden contrariar la justicia o la razón, ni ser aplicadas por simple capricho, con esto logramos, que los casos iguales se resuelvan de la misma forma.³² Esta igualdad supone que, frente al ordenamiento jurídico, todas las personas deben ser tratadas de manera igual, aunque suponga una “ficción jurídica que considera a todas las personas iguales en derechos, sin importar las desigualdades existentes entre ellas”.³³

La igualdad formal es de dos clases: igualdad en la ley e igualdad ante la ley. Estas dos especies no son divergentes sino complementarias.

Igualdad en la ley.- Denominada igualdad en el contenido de la ley, surgió con el Estado Constitucional, fue establecida en la DDHC,³⁴ que plasmó jurídicamente la virtualidad de la igualdad para controlar el contenido de las normas.³⁵ Constituye una obligación y un límite del legislador o de cualquier órgano que posea potestad normativa—incluso reglamentaria— por ejemplo: el CJ debe respetar la igualdad en el proceso de diseño de las normas jurídicas,³⁶ de tal forma, que todas las personas estén sometidas a las mismas normas, impide la inclusión de diferencias injustificadas en los cuerpos normativos para personas que estén en idéntica situación. Esta igualdad se transgrede cuando la norma “trata de forma distinta situaciones iguales y crea sin fundamento suficiente un supuesto diferente”.³⁷ Al contrario, admite diferencias legítimas, objetivas y justificadas.

Esta igualdad provocó en su momento una reticencia por parte del Parlamento, porque se decía que sus actuaciones, no tenían por qué ajustarse a la igualdad. No obstante, con el advenimiento del estado constitucional, los derechos de las personas, constituyen el núcleo esencial que deben respetar todos los poderes, sean públicos o privados, por ello, ha adquirido carta de ciudadanía el que la igualdad en la formulación del derecho, suponga “la vinculación del legislador al principio de igualdad”,³⁸ esto significa, que al momento de crear las leyes, se deben respetar los derechos constitucionales, entre los cuales, está la igualdad.

³² Manuel Atienza, *El Sentido del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2001) 177.

³³ Violeta Bermúdez, “Mujer e igualdad política”, en *Derechos Humanos de las mujeres: aproximaciones conceptuales*, coord. Violeta Bermúdez (Lima: Manuela Ramos, 1996), 123.

³⁴ Francia, *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, art. VI.

³⁵ Juárez, “Igualdad y acciones afirmativas”, 16.

³⁶ Fernández, “Igualdad”, 59.

³⁷ Carbonell, “Neoconstitucionalismo”, 203-4.

³⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 383.

Igualdad ante la ley.- Llamada “igualdad en la aplicación de la ley, surgió con el Estado Constitucional y fue instituida en el Art. 7 de la DDHC,³⁹ cristalizó jurídicamente la virtualidad de la igualdad para controlar la aplicación administrativa y jurisdiccional de las normas jurídicas, constituyendo un límite a la libertad que tiene todo funcionario aplicador de las leyes. Es la obligación a todo órgano jurisdiccional — juezas o jueces— administrativo o particulares, de tener presente la igualdad cuando apliquen las normas en sus decisiones. En consecuencia, quienes tengan tal atribución no pueden “modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, sin ofrecer fundamentación razonable y suficiente para ello”,⁴⁰ de tal forma que, los operadores jurídicos u órganos ejecutivos pueden hacer diferencias en la aplicación de las normas, siempre y cuando, sean legítimas, objetivas y justificadas, realizando una ponderación “de los hechos sobre los cuales recae una solución jurídica determinada para ajustarla de manera equitativa y razonable”.⁴¹

Para que esta igualdad sea efectiva, el cambio no solo debe provenir de las autoridades, sino que es indispensable, una transformación integral que englobe a toda la sociedad, desechando conceptos como el del trabajador ideal⁴² que están “empotradas en reglas informales y expectativas no habladas”,⁴³ y que de ser aplicadas por los operadores jurídicos podría devenir en una discriminación.

Esta igualdad se transgrede cuando quien aplica la norma en un caso posterior, lo realiza, de diferente forma a como lo aplicó antes, en un caso similar,⁴⁴ sin que haya una razón suficiente que avale dicho cambio.

El hecho de positivizar la igualdad formal, fue un avance, pues se acababan los privilegios que tenían unos frente a otros, en nuestro caso, los hombres sobre las mujeres, empero, se evidenció que aunque se reconocía esta igualdad, las mujeres continuaban siendo relegadas, con lo cual no se conseguía una igualdad real, ellas eran

³⁹ Alfonso Ruiz Miguel, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (2006): 41, <http://www.cervantesvirtual.com/bib/portal/DOXA/>.

⁴⁰ Juárez, “Igualdad y acciones afirmativas”, 15.

⁴¹ Judith Salgado, “Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana”, en *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, ed. Danilo Caicedo y Angélica Porras (Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2010), 536.

⁴² Este concepto parte del hecho de que para la producción los mejores trabajadores son los hombres, ya que ellos no tienen que preocuparse de la familia, trabajan las ocho horas diarias, y no tienen permiso de lactancia o por maternidad.

⁴³ Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en *El género en el derecho: ensayos críticos*, ed. Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2009), 278.

⁴⁴ Carbonell, “Neoconstitucionalismo”, 203-204.

ciudadanas de segunda clase, sobre todo porque los únicos que cumplían los requisitos de ciudadanía eran los hombres, con ello se consagraba “la división de papeles políticos, que sostiene que el hombre tiene, por naturaleza preeminencia sobre la mujer”.⁴⁵ La igualdad formal, consolidó una élite que garantizó mediante el discurso una desigualdad social que utilizó al derecho para legitimar la discriminación.

También, fue criticable la postura del Estado liberal, que asumiendo un rol negativo (abstención) creía que con dejar hacer y dejar pasar todo, se conseguía la igualdad en los hechos, sin importar que atrás de eso, podían existir violaciones a derechos fundamentales. Esta evidencia abrió paso a una nueva concepción de la igualdad que requiere una actitud estatal proactiva, con la consiguiente aceptación de medidas que corrijan las desigualdades que ocurrían en la realidad.

1. 2. 2. Igualdad material

Implica que el ordenamiento jurídico vigente en un país, debe estar diseñado de tal manera que su aplicación produzca resultados igualitarios en cuanto a las condiciones de vida de los ciudadanos.⁴⁶ Ya no solo es objeto de preocupación la ley genérica sino la situación concreta de las personas. Con esta igualdad se quiere eliminar las diferencias sociales y enfrentar las desigualdades, para conseguir la igualdad real y efectiva.⁴⁷ Razón por la cual, a todos nos incumbe “remover los obstáculos que impidan el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llevar a implementar medidas de acción afirmativa”,⁴⁸ esto evidencia, que muchas veces se requiere un tratamiento diferente y proactivo para lograr un trato igual en los hechos.

La igualdad material exige una recomposición de las brechas sociales y culturales intencionalmente generadas mediante el reconocimiento de sus diferencias de hecho como el vehículo para obtener una verdadera igualdad jurídica que mire el aspecto social de las personas.

Esta igualdad promueve el trato que cada persona o grupo demandan según sus particularidades, para satisfacer sus necesidades, considerando las diferencias para potenciar el desarrollo personal de cada uno,⁴⁹ equiparando bienes y situaciones

⁴⁵ Lorena Fries & Nicole Lacrapette, “Feminismos, Género y Derecho”, en *Derechos Humanos y mujeres: Teoría y práctica*, ed. Nicole Lacrapette (Santiago: Universidad de Chile, 2013), 34.

⁴⁶ Manuel Atienza, “El sentido”, 177.

⁴⁷ Ramiro Ávila, “Los principios de aplicación de los derechos”, en *La Constitución de 2008 en el contexto andino*, ed. Ramiro Ávila (Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V&M Gráficas, 2008), 49.

⁴⁸ Carbonell, “Neoconstitucionalismo”, 205.

⁴⁹ Roxana Arroyo, “La igualdad un largo camino”, 429.

económicas y sociales, que muchas veces no se dan por la presencia de desigualdades de facto, que impiden el disfrute efectivo de los derechos.⁵⁰ Para lograr esta igualdad, el Estado debe dictar medidas compensatorias a favor de los grupos discriminados.⁵¹

La igualdad formal se cumple mientras más igualdad material exista.⁵² En otros términos; la igualdad formal vale en la medida en que existe la igualdad material y en cuanto las personas posean las condiciones mínimas para disfrutar sus derechos.

El combate por la igualdad material de los derechos de las mujeres y de las diversidades sexo-genéricas, frente a los derechos de los hombres, se enmarca en una batalla con un trasfondo más amplio y estructural: la igualdad social. Por tanto, el reconocimiento de las diferencias, es decir, la determinación de derechos constitucionales inherentes a las identidades diversas de la sociedad, la promoción de garantías y de acciones afirmativas a estos grupos excluidos y explotados, constituye un paso hacia la ardua tarea de consolidar una sociedad con un acceso igualitario a servicios y derechos básicos, tales como: educación, salud, trabajo, etc., que democratizen los medios de producción y garanticen una vida digna.

La cristalización de una igualdad material entre hombres y mujeres diversas contribuye a forjar una colectividad ecuánime, sin embargo, esa igualdad solo se logrará el momento que ellas ocupen, en paridad con los hombres, los puestos donde se toman las decisiones,⁵³ para ello será indispensable, que ellas tengan las mismas oportunidades desde el primer momento, cuando postulan en los concursos y que el proceso sea propicio para que alcancen la igualdad de resultados,⁵⁴ conforme se analizará después.

Esta igualdad es denominada “igualdad de oportunidades o igualdad en el punto de partida”.⁵⁵ La igualdad de oportunidades exige que todas las personas tengamos y disfrutemos los mismos derechos, situación que es idealizada, debido a la inequitativa distribución de los recursos; por ello, es indispensable complementarla con la igualdad de resultados, entendiendo que cada persona recibirá conforme lo requiera,⁵⁶ al momento de distribuir los bienes en disputa.

⁵⁰ Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias: herejías constitucionales* (Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2002), 84.

⁵¹ Miguel Carbonell, “La perspectiva de género en el análisis constitucional”, *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, coord. Juan Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (México: Fontamara, 2010), 39.

⁵² María José Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades* (México: Fontamara, 2001) 43.

⁵³ Elósegui, “Las acciones afirmativas”, 452.

⁵⁴ Roxana Arroyo, “La igualdad un largo camino”, 442.

⁵⁵ Fernández, “Igualdad”, 23.

⁵⁶ *Ibíd.*

No obstante, existe el criterio de que la igualdad material, solo debe centrarse en la igualdad de oportunidades más no de resultados, “porque una vez establecida esa igualdad de condiciones y oportunidades básicas, como punto de partida, deben ser las capacidades y méritos de los ciudadanos las que definan sus respectivas situaciones en la sociedad”,⁵⁷ cuestión que debe ser matizada, pues el concepto de mérito que se usa, como criterio de distribución de bienes y servicios resulta injusto, sobre manera cuando no todas las mujeres ingresaron a los servicios que se toman como criterio de valoración, pues ellas mayoritariamente siguen realizando el trabajo de la casa. Así, según el INEC “las mujeres dedican 31 horas semanales a realizar labores en el hogar, mientras que los hombres 11,3 horas”,⁵⁸ sin considerar a las que viven en zonas campestres, o situaciones como la del COVID-19, que ha hecho que “el 75 % del trabajo de cuidados no remunerado lo realizan mujeres”,⁵⁹ esto implica que, esta pandemia ha empeorado la situación de la mujer. Además, ellas deben combinar las labores de los espacios público y privado, lo cual hace que no tengan el mismo tiempo del que disponen ellos para capacitarse.

El Estado Liberal consideraba que los poderes públicos no debían dar tratamientos diferentes, bastaba la igualdad formal, la cual se tornó insuficiente e inefectiva frente a los requerimientos de los trabajadores. El Estado Social, vio que era necesario que los poderes consideren las diferencias e intervengan para obtener la igualdad material.⁶⁰ Es destacable la postura del Estado social y junto a este, del derecho, que no podían permanecer impasibles y no hacer nada frente a las desigualdades que padecían quienes eran marginados, entre ellos, las mujeres, y asumieron una actitud proactiva que posibilitó “la adopción de medidas específicas ante situaciones y/o sujetos que requieren de una atención diferenciada”.⁶¹

De lo expuesto, se establecen algunas diferencias entre igualdad formal y material: 1) la primera tiene una dimensión individual y es entre individuos; la segunda posee una dimensión colectiva e implica una igualdad de grupos; y, 2) la igualdad formal es una exigencia negativa de no hacer o abstenerse; la igualdad material constituye una labor afirmativa o de hacer.

⁵⁷ Pérez Luño, “Teoría del derecho”, 231.

⁵⁸ Ecuador Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, “*Cuenta Satélite del Trabajo no Remunerado de los Hogares (CSTNRH)*”, accedido 20 de marzo de 2022, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/cuenta-satelite-del-trabajo-no-remunerado/>.

⁵⁹ ONU Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador*, 28 y 29 de octubre de 2021, 11. <https://www.un.org>.

⁶⁰ López, “Constitución y género”, 27.

⁶¹ Bermúdez, “Mujer”, 125.

Las dos clases de igualdad no son inconciliables, ya que forman parte del mismo concepto de igualdad y persiguen el mismo objetivo: garantizar la igualdad entre las personas. Esto porque la igualdad formal, no se cierra a la opción de que se pueda dar un trato distinto, pero, éste deber ser justificado y una razón para otorgar ese tratamiento diferente, es la discriminación que las mujeres han tenido frente a los hombres.⁶²

1. 2. 3. Igualdad de género

Las mujeres para alcanzar sus derechos han bregado mucho. Para ello se idearon teorías críticas que combatiendo las estructuras de poder, nos concienticen a todas y todos sobre la subordinación y marginación que sufren ellas, como resultado de la integración desigual a los espacios público y privado.

Dentro de esas posturas, emerge el feminismo, entendido como “una posición política que consiste en el reconocimiento de la jerarquía social entre hombres y mujeres, que la considera históricamente determinada e injusta y busca eliminarla”.⁶³ Aunque, en ocasiones el feminismo ha sido desprestigiado, pensando que se refiere solo a la lucha de las mujeres contra los hombres, no obstante, tiene tras de sí un desarrollo, que con argumentos cuestiona el patriarcado en el que vivimos.

Inicialmente, emergió el feminismo de la igualdad, el cual consideraba que para alcanzar la igualdad, bastaba que las mujeres sean asimiladas a los hombres, es decir, que su objetivo fue lograr la igualdad formal, la cual, era exigua; por ello, nació el feminismo de la diferencia, a través del cual, se cuestionaba que ellas no debían anhelar ser iguales a ellos, porque eso, sería desconocer su esencia, sino que se tenía que garantizar el reconocimiento de las diferencias de las mujeres.⁶⁴

Conviene aclarar que la discriminación más visible, es la discriminación sexual, por tal razón, se decía que ellas eran inferiores a ellos, y fue la sociedad la que las puso a ellas en desventaja, adjetivándolas por estándares diferentes; así, por ejemplo, no era bien visto que una mujer no llegue virgen al matrimonio, *contrario censu*, a los hombres no se les juzgaba por aquello.⁶⁵

⁶² Encarna Carmona, “El principio de igualdad material en la Constitución europea”, *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n. ° 8, (2004): 5, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19182>.

⁶³ Gabriela Castellanos, “Sexo, género y feminismo: tres categorías en pugna”, en *Familia, Género y Antropología: desafíos y transformaciones*, ed. Patricia Tovar Rojas (Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2003), 59.

⁶⁴ Lorena Fries & Nicole Lacrampette, “Feminismos”, 49-50.

⁶⁵ Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, comp. Haydée Birgin (Buenos Aires: Biblos, 2000), 34.

Luego, aparece el término género, que difiere de la locución sexo. Así, mientras el sexo representa las distinciones físicas existentes entre hombres y mujeres, tiene que ver con la reproducción y los rasgos biológicos. De su lado, el género alude a las características socialmente construidas y que han hecho que las personas desempeñen los roles masculinos y femeninos, que han sido implantados y que no se corresponde necesariamente con el sexo; así, un hombre pudo haber asumido por diferentes circunstancias el rol que la sociedad ha calificado como femenino, o a la inversa. Son vistos como rasgos femeninos la blandura, la ternura, la belleza, la fraternidad. Lo masculino, se cataloga como duro, grosero, desarmonioso, ególatra.⁶⁶ En suma, las divergencias biológicas implican una situación y otra el significado que la sociedad les atribuye en razón del sexo, empero, en ningún supuesto se puede discriminar.

Joan Williams plantea tres caminos para conseguir la igualdad de género, pensada como ese equilibrio que debe haber entre hombres, mujeres y personas diversas: 1) la eliminación de privilegios que tradicionalmente les han acompañado a los hombres, por ejemplo, la condición de trabajador ideal, la supresión de lo masculino como paradigma de la igualdad; 2) la eliminación de las habituales desventajas de las mujeres, v. g. la prohibición de no poder ejercer el comercio sin el asentimiento de sus esposos; y, 3) el destierro de preferencias que con frecuencia se han adjudicado a las mujeres, por ejemplo, frente al divorcio de cónyuges es seleccionada la madre para la custodia de sus hijos e hijas.⁶⁷ Solo tomando en cuenta las condiciones anteriores se podrá hablar de una auténtica igualdad de género o sin discriminaciones.

A veces, es insuficiente alcanzar esa igualdad, tan solo transformando las leyes, porque el proceso de toma de decisiones nos concierne a todas y todos, quienes podemos obrar en base a estereotipos⁶⁸ que nos llevan a discriminar contra las mujeres. En ese escenario, la igualdad de género no únicamente contempla la igualdad formal, sino que también demanda un trato distinto justificado y la adopción de instituciones que contribuyan a la igualdad material, entre ellas, la acción afirmativa.⁶⁹

⁶⁶ Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en *El género en el derecho: ensayos críticos*, ed. Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2009), 105.

⁶⁷ Williams, “Igualdad sin discriminación”, 261-71.

⁶⁸ Los estereotipos son visiones generalizadas o preconcepciones sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir. Rebeca Cook & Simone Cusak, *Estereotipos de género, perspectivas legales transnacionales* (Bogotá: Profamilia, 2010), 11.

⁶⁹ *Ibíd.*, 262.

La igualdad de género no es la equivalencia absoluta de las personas en sus distintas expresiones sexo genéricas, pues de persistir en que las mujeres deban equipararse a los hombres, como paradigma hegemónico de ser humano, a lo largo de la historia, dejando de lado cuestiones que solo a ellas les pasan (engendrar, parir, dar de lactar) sería “relegarlas a un sitial inferior y secundario”,⁷⁰ mujeres y varones somos distintos, empero, la diferencia no puede ser causa de inferioridad o exclusión, sino motivo de trato disímil en aquellos aspectos donde ellas decidan diferenciarse. Lo que se quiere, es que ellas “en un mundo vertido en su contra”⁷¹ tengan las mismas oportunidades que ellos. En suma, se anhela que mujeres, hombres y otras personas de identidades genéricas compartamos iguales condiciones y responsabilidades, lo cual no implica, dejar de lado las características que diferencian a las personas y que requieren revalorizarse para cumplir su plan de vida.

En definitiva, acogiendo los criterios expuestos por Williams, lo que se añora con la igualdad de género es que se reconozcan los derechos de ellas, como derechos humanos, que se promueva una mayor participación de las mujeres en la esfera pública, y que “ellas no se comporten como hombres, ni tampoco, eliminar las diferencias existentes, sino eliminar lo masculino, como paradigma de la igualdad”.⁷²

Para lograr esta igualdad nuestra Constitución establece que el Estado debe adoptar acciones afirmativas, introducir el enfoque de género en planes y programas públicos, considerar la paridad en las funciones de decisión, patrocinar medidas que promuevan una igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, para lo cual, se debe instaurar una remuneración equitativa, entre otros, aspectos.⁷³

⁷⁰ María Elósegui Itsaxo, *Las acciones afirmativas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Universidad de Zaragoza, 2003), 298.

⁷¹ Roxana Arroyo, “La igualdad un largo camino para las mujeres”, en *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, ed. Danilo Caicedo y Angélica Porras (Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2010), 426.

⁷² Doris Arias, “Transversalidad en la administración de justicia”, en *Pensamiento Jurídico Feminista, Deconstruir el derecho, repensar el mundo*, coord. Rosaura Chinchilla, (San José: Investigaciones Jurídicas, 2004), 89.

⁷³ Andrea Cajas Córdova, “Igualdad de género en la Constitución de 2008”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 16 (2011): 147, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2804/1/RAA-29%20Andrea%20Karolina%20Cajas%20C%C3%B3rdova%20%20Igualdad%20de%20G%C3%A9nero%20%20la.pdf>.

2. La discriminación

2. 1. Concepto

La discriminación puede entenderse de dos maneras: 1) postura neutra: discriminar “es distinguir, separar o clasificar una persona de otra por sus cualidades, actitudes, rasgos o creencias”,⁷⁴ ello no comporta, connotaciones afirmativas o negativas; y, 2) concepto no neutral: tomado como sinónimo de “parcialidad”, “capricho”, “prejuicio” o “favoritismo”, discriminar significa distinguir, excluir⁷⁵ o efectuar diferencias arbitrarias, injustas, ilegítimas e irrazonables entre personas,⁷⁶ siendo esta la noción que se ha impuesto y la que está vedada por el ordenamiento jurídico.

Asumiendo la segunda acepción y comparando con la definición que ha dado el derecho internacional, tenemos que discriminar es preferir o excluir de forma arbitraria, injusta, ilegítima o irrazonable, basada en diferentes motivos, entre otros, el sexo, que tiene como intención o resultado, la abolición o disminución de los derechos de las personas;⁷⁷ entonces, para que la discriminación ocurra, es indispensable que el trato diferente otorgado sea arbitrario, injusto e irrazonable, que termine generando un daño o excluyendo “a alguien del acceso a un bien o servicio”.⁷⁸ Para tener una noción más completa sobre la discriminación, nos referiremos a los términos que la componen.

La **arbitrariedad** implica que el trato diferente, que otorguen los poderes públicos o privados, esté librado a su simple capricho, existiendo motivos de “indebido privilegio de personas o grupos”,⁷⁹ no habiendo una “causa material justificable, a favor de la diferenciación”.⁸⁰ Sí, se verifica la arbitrariedad en el trato, entonces, hay una discriminación, al contrario, para que el trato diferente no sea arbitrario es imperioso que la diferencia sea “de tal tipo y peso que pueda justificar el tratamiento distinto”.⁸¹

⁷⁴ Marcos Córdoba, *Tratado de la buena fe en el derecho* (Buenos Aires: La Ley, 2005), 927.

⁷⁵ Añón, “Igualdad, diferencias”, 27.

⁷⁶ Eduardo Rabossi, “Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, en *El derecho a la igualdad*, coord. Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (Buenos Aires: LexisNexis, 2007), 49.

⁷⁷ ONU Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 18: No Discriminación*, 1989, párr. 7, <http://www.ucc.edu.ar>.

⁷⁸ Cristina Motta, “Ciudadanía”, 82.

⁷⁹ Néstor Pedro Sagües, *Manual de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2007), 755.

⁸⁰ Martín Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 25 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 198.

⁸¹ *Ibíd.*, 199.

La **injusticia** supone irse contra los postulados de la justicia, por lo tanto, existiría discriminación, y ésta sería injusta, cuando aquellos que deberían ser tratados “de igual modo sobre la base de criterios comúnmente asumidos en los países son tratados de modo distinto”,⁸² sin que exista una causa suficiente para aquello.

La **razonabilidad** es la “exigencia de un mínimo de aceptabilidad en lo concerniente a la actividad discrecional de los agentes estatales o particulares”,⁸³ esto supone, que un acto —trato diferente de los poderes públicos o privados— es razonable, si es aceptado, por ser de interés público de la colectividad, de tal modo, que se obtenga el máximo consenso, esto hace ver, que la razonabilidad está vinculada a la arbitrariedad y a la legitimidad. Si se sospecha que una decisión es irrazonable, entonces, serán los órganos con potestad normativa o los jueces, quienes efectúen exámenes de constitucionalidad, para hallar las razones que cimenten ese régimen distinto.

A la racionalidad se la confunde con la razonabilidad, no obstante, son términos distintos. Mientras, el primero alude a la proporcionalidad existente entre medios y fines; el segundo implica no distinguir de forma arbitraria. Es según este último concepto, que las Cortes han podido determinar criterios para saber cuándo estamos frente a un trato autorizado y cuanto frente a uno que no lo es.⁸⁴

La discriminación contras las mujeres es la más antigua y es la que a pesar de las campañas emprendidas por los gobiernos se ha mantenido en el tiempo,⁸⁵ siendo una herramienta indispensable para combatirla, la denominada paridad, que supone la presencia equitativa, cuantitativamente hablando, de ambos sexos en el ámbito público y privado, pues no sacamos nada si a ellas les llevamos a la esfera pública, pero, los hombres no asumimos nuestro rol en el ámbito privado, no solo como un apoyo, sino como una responsabilidad compartida.

Las diferencias son discriminatorias si son utilizadas para generar un trato con el que directa o indirectamente se devalúa a la mujer por ser tal.⁸⁶

⁸² Norberto Bobbio, “La naturaleza del prejuicio: racismo, hoy, iguales y diferentes”, en *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, edit. Danilo Caicedo y Angélica Porras (Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2010), 187.

⁸³ Juan Vicente Sola, *Control Judicial de Constitucionalidad*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 541.

⁸⁴ Roberto Saba, “(Des) igualdad estructural”, en *El derecho a la igualdad*, coord. Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (Buenos Aires: LexisNexis, 2007), 171.

⁸⁵ Fernando Rey Martínez, “El modelo europeo de lucha contra la discriminación”, en *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, dir. Francisco Matia (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), 1.

⁸⁶ Añón, “Igualdad, diferencias”, 27-8.

Discriminación no es ni distinción ni diferenciación. La distinción es usada cuando desconocemos si el régimen distinto utilizado está autorizado o no. Por otra parte, el segundo término se refiere a una diferencia de trato legítima.⁸⁷

Cuando la distinción no es ni arbitraria ni injustificada, estamos frente a un trato permitido no discriminatorio, por ello, los Estados pueden apadrinar acciones transitorias para conseguir una igualdad material, pero, “a condición de que no perpetúen una protección desigual ni configuren un sistema separado de protección para determinados individuos o grupos, y de que sean suspendidas una vez alcanzados los objetivos para los cuales fueron adoptadas”.⁸⁸

La CEDAW define a la discriminación contra la mujer como:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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 política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.⁸⁹

Considerando la disposición transcrita tenemos: a) los actos que pueden generar actitudes discriminatorias, pueden ser de exclusión o de restricción de derechos, b) el ítem por el cual se puede discriminar es el sexo, c) los espacios dentro de los cuales puede ocurrir la discriminación contra la mujer son varios, incluida la esfera privada; y, d) sobre los objetivos discriminatorios que se persiguen, se habla de que la medida discriminatoria puede tener el propósito o la consecuencia de anular parcial o totalmente el disfrute de los derechos en sus diferentes fases: reconocimiento (cuando se fabrica la ley), goce (compensación del derecho) o ejercicio (mecanismo, con el cual, la titular del derecho, pueda denunciar su violación y lograr su reparación).⁹⁰

⁸⁷ Marc Bossuyt, *El concepto y la práctica de la acción afirmativa: informe presentado a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 17 de junio de 2002, 32, <http://www.un.org/es/ecosoc/>.

⁸⁸ ONU Consejo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) 2 al 20 de noviembre de 2009, párr. 24, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr>.

⁸⁹ ONU Asamblea General, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18 de diciembre de 1979 <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>, art. 1. Tal convención es conocida como CEDAW y entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981. El Ecuador la suscribió el 17 de julio de 1980 y la ratificó el 19 de octubre de 1981. Es catalogada como la Carta Internacional de los derechos humanos de las mujeres, porque se incluyen explícita o implícitamente los derechos de ellas.

⁹⁰ Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en *El género en el derecho: ensayos críticos*, ed. Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, (Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2009), 183.

2. 2. Clases

2. 2. 1. Discriminación directa

Conocida como intencional, se relaciona con una práctica discriminatoria, por medio de la cual, deliberadamente se trata de forma desfavorable a determinadas personas o colectivos, sin haber motivo razonable para ello,⁹¹ está latente el designio de discriminar, por parte del sujeto discriminador, quien “tiene la intención y el propósito de negarle un tratamiento igual”.⁹²

Esta discriminación ocurre cuando se utiliza el sexo, “para dar un trato desfavorable a las mujeres, mismo que es arbitrario y no tiene como fundamento una justificación razonable”.⁹³ Por ende, para establecer si estamos o no ante una discriminación de este tipo, debemos remitirnos a la intención del acto discriminatorio, así como a sus orígenes.

Esta discriminación es el tratamiento jurídico desfavorable que de forma deliberada se otorga a la mujer basado en su sexo.⁹⁴

La discriminación directa consta en la CEDAW, cuando dice: “tenga por objeto”,⁹⁵ así como en la Constitución ecuatoriana, cuando dispone: “[...] tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos...”.⁹⁶

Un caso de discriminación directa fue en su momento la prohibición de las mujeres respecto de su derecho al sufragio, tanto activo como pasivo.

2. 2. 2. Discriminación indirecta

Denominada como encubierta u oculta. Se da cuando las medidas o normas implementadas no tienen la intención de discriminar, más bien buscan proteger a los grupos excluidos, no obstante, en su aplicación ocasionan resultados perjudiciales. Como en la discriminación indirecta no se vislumbra claramente la intencionalidad, resulta difícil probarla, de ahí que, la discriminación indirecta exista en virtud de las

⁹¹ Juárez, “Igualdad y acciones afirmativas”, 293.

⁹² Drew Days III, “Acción afirmativa”, *Derecho y grupos desaventajados*, comp. Roberto Gargarella (Barcelona: Gedisa, 1999), 53.

⁹³ Añón, “Igualdad, diferencias”, 29.

⁹⁴ Rey Martínez, “El derecho fundamental”, 67-9.

⁹⁵ ONU Asamblea General, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, art. 1.

⁹⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11 numeral dos inciso tercero.

consecuencias nocivas producidas, independientemente de que haya habido por parte del agente discriminador el designio o no de realizarlas.

Esta discriminación alude a que la norma o medida a ser implantada, que aparece *prima facie* como no discriminatoria, termina provocando efectos perjudiciales para las mujeres.⁹⁷ Se da cuando se emiten normas, medidas o prácticas, que en inicio, estando dirigidas a ambos sexos, terminan generando consecuencias desfavorables para ellas.

La discriminación indirecta consta en la CEDAW, en la parte que manifiesta “o resultado”,⁹⁸ así como en nuestra Constitución, cuando menciona: “[...] tenga por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”.⁹⁹

Un caso de discriminación indirecta, ocurrida en Ecuador, era la exigencia en el 2002, de una estatura mínima, igual para ambos sexos, en el acceso a la Escuela Militar “Eloy Alfaro”, con ello, sin una razón suficiente, se colocaba a las mujeres en desventaja, sabiendo que el promedio de estatura de las ecuatorianas es menor que el de los ecuatorianos, situación que ha cambiado, pues ahora, para ingresar a tal establecimiento, se requieren diferentes estaturas mínimas, 1,65 m para hombres y 1,60 m para mujeres.¹⁰⁰

Mientras, la discriminación directa se fundamenta en la igualdad formal, en cambio, la indirecta se basa en la igualdad material, y más que en la intencionalidad, pone énfasis en los resultados. La intencionalidad no es una condición suficiente para que haya la discriminación, sino que debemos ver los resultados producidos.

2. 2. 3. La no discriminación

El derecho a no ser discriminado es quebrantado, cuando sin que exista motivo legítimo, justo y razonable, el sujeto discriminador (poder público o privado), aplica un tratamiento diferente entre dos o más personas o grupos; o, cuando quien hace el trato distinto no aplica un trato diferente habiendo una razón relevante y suficiente para otorgar ese trato.

La proscripción de discriminación consta en la DU¹⁰¹, en el PIDCP¹⁰², en la DADH¹⁰³, en la CADH¹⁰⁴, en el PSS¹⁰⁵ y en la Constitución ecuatoriana.¹⁰⁶ De lo dicho,

⁹⁷ Fernández, “Igualdad, diferencias”, 86.

⁹⁸ ONU Asamblea General, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, art. 1.

⁹⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11 numeral dos inciso tercero.

¹⁰⁰ Ecuador Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, accedido 03 de junio de 2014, <https://www.esmil.mil.ec>.

¹⁰¹ ONU Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, arts. 2 .1 y 7.

colegimos que la no discriminación alcanza a los derechos comprendidos “en los instrumentos internacionales así como a toda regulación legal realizada por el Estado en su legislación”,¹⁰⁷ incluidas las disposiciones constitucionales.

En este tema, nuestra Constitución, va a la vanguardia, ya que recoge todos los elementos que deben considerarse para distinguir un trato diferente justificado y razonable, frente a uno que no lo es; enuncia y veda los motivos que puedan dar origen a una discriminación, en tanto se vean afectados los derechos de las personas.¹⁰⁸

Como no se puede hacer un listado exclusivo de los rasgos distintivos que no pueden considerarse para dar un tratamiento diferente a dos o más personas o grupos, es que la normativa nacional e internacional, al final cierra sus disposiciones con la frase ni por cualquier “otra condición o categoría social”, con ello, deja abierta la posibilidad de que puedan incluirse otras causas por las cuales no se puede discriminar y que no se hallan en las establecidas expresamente.

El derecho de no sufrir exclusión por el sexo, no solo es un derecho humano, sino además un principio fundamental sobre el cual se levanta la estructura estatal, no establecerlo sería dejar la vía expedita para aceptar todo tipo de tratamiento diferente, aunque no exista un motivo razonable evidente.

Este derecho tiene dos dimensiones:

Subjetiva.- Significa que las distinciones arbitrarias están proscritas. De esta dimensión se deducen dos derechos: a) no se permiten las discriminaciones directas: es decir, de aquellas medidas que perjudiquen a las mujeres y a los hombres; a pesar de ello, existen circunstancias en donde de forma extraordinaria se tolera el trato distinto por sexo: el embarazo, la maternidad y las acciones afirmativas; y, b) la interdicción de

¹⁰² ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, art. 26, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

¹⁰³ Novena Conferencia Internacional Americana, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 1948, art II, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>.

¹⁰⁴ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, arts. 1 y 24, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

¹⁰⁵ OEA, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Salvador)*, 17 de noviembre de 1988, art. 3, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

¹⁰⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11 numeral dos inciso tercero y 66 numeral 4.

¹⁰⁷ Ariel Dulitzky, “Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, ed. Danilo Caicedo y Angélica Porras (Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2010), 604.

¹⁰⁸ Ávila, “Los principios de aplicación”, 50.

padecer discriminaciones indirectas: es decir, tratos que en apariencia no causan daño, pero, que una vez aplicados, causan resultados nocivos para ellas.¹⁰⁹

Objetiva.- Es la necesidad de adoptar acciones afirmativas, para lograr una igualdad de oportunidades “no solo en el punto de partida —igualdad formal—, sino también en el punto de llegada —igualdad material—, especialmente, cuando se trata de grupos que se encuentran en posición de desventaja respecto de los demás”¹¹⁰ no se diga las mujeres que conforman un grupo socialmente desaventajado.

Tomando en cuenta esta última dimensión, tenemos que el ordenamiento jurídico vigente de un Estado, con la Constitución en la cúspide, no solo les tiene que prohibir a los poderes que discriminen, sino que debe instarles para que empleen medidas justificadas que beneficien a la mujer y que garanticen una igualdad real¹¹¹ entre ambos colectivos, considerando las situaciones de vulnerabilidad de aquellas.¹¹²

3. Las acciones afirmativas

3. 1. Origen

En 1948, ya como país independiente, la India emitió su primera Constitución, en donde se incluyó la ley de cupos especiales (acciones afirmativas aunque allá se las llame *compensatory discrimination*) mediante la cual, el gobierno reservó un porcentaje de puestos para que sean ocupados por las personas del grupo de los intocables,¹¹³ en los ámbitos educativo y del servicio público.¹¹⁴ En tal país, las acciones afirmativas sirven para combatir el estatus dispar que se evidencia entre las distintas castas sociales y tienen como fin lograr una igualdad de oportunidades entre todos.

En América, Jhon F. Kennedy, fue quien primero usó la expresión acción afirmativa al expedir la Orden Ejecutiva No. 10925 del 16 de marzo de 1961,¹¹⁵ donde

¹⁰⁹ Rey Martínez, “El derecho fundamental”, 63-64.

¹¹⁰ Mario Andrés Ospina Ramírez, “El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad. Alcance de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad” (tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2017), 94, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/26462>.

¹¹¹ Elósegui, “Las acciones afirmativas”, 345.

¹¹² Esther Vicente, “La Comisión y la Corte Interamericana ante los derechos humanos de las mujeres”, en *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, coord. Juan Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (México: Fontamara, 2010), 155.

¹¹³ En La India hay cuatro castas: Brahmin, Kstrilla, Vaishya y los Shudra, y un nivel más bajo están los Harijans o intocables. Citado en Juárez, “Igualdad y acciones afirmativas”, 272.

¹¹⁴ Rita Segato, “Racismo, discriminación y acciones afirmativas: herramientas conceptuales”, en *Educación en ciudadanía intercultural*, ed. Fidel Tubino (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007), 83.

¹¹⁵ Juárez, “Igualdad y acciones afirmativas”, 275.

instaba a las entidades del Ejecutivo, no solo a que no discriminen, sino a que adopten tales medidas para remediar los daños producidos por la exclusión hacia la población negra,¹¹⁶ sobre todo en la contratación de personal. En paralelo a esta medida se desarrollaban programas de toma de conciencia racial para la población norteamericana. En 1965 se incluyen dichas acciones en la legislación estadounidense, en la Ley de Derechos Civiles (Título VII) y en el Decreto Supremo No. 11246. Dos años después, se amplía su espectro de aplicación a la discriminación sexual, en los campos: laboral, educativo y político. Luego, estas medidas tuvieron eco en Europa debido al impulso de movimientos femeninos,¹¹⁷ y las mujeres junto con otras etnias minoritarias, pasaron a convertirse en beneficiarias de tales acciones.

Posteriormente, en Estados Unidos surge el debate constitucional sobre las acciones afirmativas, a raíz del respaldo dado por la Corte Suprema a los procedimientos especiales de admisión, basados en la etnia, que adoptó la Universidad de California, en los años setenta,¹¹⁸ que consideró que como habían desventajas en la educación de la población negra, lo cual se evidenciaba al momento de dar las pruebas de ingreso a las Universidades, era necesario equipararlas de alguna manera a través de la asignación de un porcentaje determinado o de la asignación de puntos adicionales.

A nivel internacional, fue la CERD, la primera norma convencional que se refirió a “medidas especiales” de carácter transitorio para asegurar “el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos [...] con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos”.¹¹⁹ Ligado en un inicio a las personas negras.

En relación a las mujeres, las acciones afirmativas se originan como un instrumento intervencionista que pretender romper las barreras jurídicas, sociales o económicas que imposibilitan que ellas posean las mismas oportunidades que ellos para impulsar sus proyectos de vida.¹²⁰ Si bien, en sus inicios las acciones afirmativas tuvieron como fin reparar o compensar la discriminación que habían sufrido las

¹¹⁶ Teresita Barbieri, “Acciones afirmativas: antecedentes, definición y significados”, en *Memorias del Foro Mujeres y Política* (Brasilia: Instituto Nacional de las Mujeres, 2002), 28.

¹¹⁷ Arroyo, “La igualdad un largo camino”, 436.

¹¹⁸ Motta, “Ciudadanía”, 56.

¹¹⁹ ONU Asamblea General, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 21 de diciembre de 1965, art. 2 segundo párrafo, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>.

¹²⁰ Marisa Iglesias Vila, “Acción afirmativa y género en la Unión Europea”, *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, coord. Juan Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez (México: Fontamara, 2010), 181.

mujeres; hoy la consigna no es tanto lograr una reparación, con respecto al pasado, sino llegar a la igualdad fáctica, de cara al futuro.¹²¹

3. 2. Concepto

El primer reparo que debemos hacer es que los términos acción afirmativa y acción positiva, son considerados en doctrina como sinónimos, la diferencia estriba en su fuente; así, mientras el vocablo *affirmative action* proviene del derecho norteamericano, el término *positive action* del derecho británico.¹²² En América ha prevalecido la locución acción afirmativa, por la influencia de los tribunales norteamericanos. Por ello, guardando correspondencia con el título de la investigación, emplearemos solo el término acciones afirmativas.

Las acciones afirmativas suponen el combate de las discriminaciones de la que han sido objeto distintos colectivos, mediante la implementación de tratamientos disímiles que tienen asidero constitucional, porque anhelan que se cumpla la igualdad material,¹²³ por ello, esas acciones se aplican en el Estado Constitucional, donde los poderes públicos o privados, deben respetar los derechos y tomar medidas para lograr aquella clase de igualdad.

Pastor Murillo sostiene que las acciones afirmativas son el “conjunto de acciones legislativas y administrativas de carácter temporal, coherentes con el propósito de remediar situaciones de desventaja o exclusión de un grupo humano”.¹²⁴

María José Añón las describe como una estrategia temporal, que a la par que va descartando las discriminaciones que sufren las mujeres, se alcanza la igualdad.¹²⁵

Judith Salgado indica que las acciones afirmativas “son medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la

¹²¹ Elósegui, “Las acciones afirmativas”, 73.

¹²² Fabio Galán Sánchez, *La acción afirmativa como desarrollo del principio de igualdad*, (tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, 2000), 162-3.

¹²³ Roberto Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, *Teoría y crítica del derecho Constitucional*, Tomo II: Derechos, coord. Roberto Gargarella (Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009), 734.

¹²⁴ Pastor Murillo, “Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales”, en *Pueblos afrodescendientes y derechos humanos: de reconocimiento a las acciones afirmativas*, ed. Viviana Pila, Jhon Antón y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2011), 244.

¹²⁵ Añón, “Igualdad, diferencias”, 47.

mujer, las cuales que no serán consideradas discriminatorias ni entrañarán en modo alguno el mantenimiento de normas desiguales y separadas”.¹²⁶

Estas acciones son medidas especiales. Medidas porque constan en varias herramientas legales, ejecutivas, reglamentarias, etc., así como, pueden estar presentes como políticas públicas.¹²⁷ Especiales ya que van dirigidas a ellas y a colectivos que por haber sido históricamente excluidos, las requieren para competir en la sociedad.

De las definiciones dadas, se colige que las acciones afirmativas para las mujeres son medidas transitorias, expresadas en una norma jurídica, política pública o decisión judicial, que se establecen en su favor para conseguir la igualdad material, incluso derogando garantías de la igualdad formal, corrigiendo su situación de desventaja social y económica, superando las barreras de la discriminación, concientizando a la población respecto de la exclusión sufrida por la mujer, garantizando su acceso preferente en distintos ámbitos: educación, salud, empleo, vivienda, seguridad social, etc., para que tengan mayor representación, y variables según el contexto en que se apliquen.

3. 3. Elementos de las acciones afirmativas

Una acción afirmativa para ser constitucionalmente admisible, debe cumplir las sucesivas condiciones:¹²⁸

1) Presencia de una desigualdad real, que ubique a alguien en detrimento de otros y que obstaculice la realización de la igualdad de oportunidades.

2) Que sí, la desigualdad se da por ser parte un conglomerado sexual, étnico, o de aquellos, que ha sido o es discriminado, entonces, está plenamente justificado adoptar acciones afirmativas en beneficio de los miembros de tales colectivos.

3) Se debe analizar el contexto donde va a ser implantada la acción,¹²⁹ pues la medida tomada, debe ser examinada en el entorno y realidad nacional en que va a ser aplicada, porque puede ser que una medida funcione bien en un lado pero no en otro. No se trata de adoptar por adoptar, sino de adaptar a la realidad concreta, analizando las circunstancias y el caso concreto. En definitiva, se deberá examinar “el contexto de la

¹²⁶ Judith Salgado, “Derechos humanos y género en el marco constitucional ecuatoriano”, en *Género y Derecho Constitucional*, coord. Fernando Flores (Quito: Corporación Editora Nacional, 2003), 128.

¹²⁷ ONU Comité de la CEDAW, *Recomendación General No. 25 sobre el párrafo 1 del Art. 4 de la CEDAW, referente a medidas especiales de carácter temporal*, 1999, párr. 22, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20%28Spanish%29.pdf>.

¹²⁸ Los cinco primeros elementos son tomados de Añón, “Igualdad, diferencias”, 50.

¹²⁹ Barbieri, “Acciones afirmativas: antecedentes”, 28.

situación de la mujer en las distintas esferas, así como en el ámbito específico al que vayan dirigidas estas medidas”.¹³⁰

4) Son transitorias, porque se crean y son evaluadas cada cierto tiempo,¹³¹ hasta que se extinga la situación que produce discriminaciones y se alcance la igualdad real.

Una vez que se logre aquella igualdad entre ellas y ellos, cesan las acciones afirmativas, pues mantenerlas implicaría una discriminación que se revertiría hacia los hombres, por ello, lo más conveniente es determinar un tiempo de duración, además, que periódicamente sean evaluadas y revisadas. En Ecuador, ni la Constitución ni el resto de la normativa vigente, incluidas normas secundarias o reglamentarias, disponen plazos de duración de aquellas acciones, esto se fundamenta, en el hecho de que el legislador no puede anticipar la fecha exacta en que se alcanzará la igualdad real, y mal podría establecer una data, sin estar seguro de que los propósitos por él trazados pueden alcanzarse dentro de cierto tiempo. En nuestra opinión, si bien el legislador no puede presagiar esa fecha, no obstante, si puede determinar términos, para que se vayan revisando las estadísticas de cómo se avanza hacia la igualdad real entre los sexos, fijando para ello períodos en los que obligatoriamente se deberá evaluar el impacto de las acciones afirmativas y la necesidad de mantenerlas o modificarlas.

Las acciones afirmativas pueden llevar incluso a otorgar un trato preferente a las mujeres durante cierto período, hasta cuando se alcancen los resultados esperados, fundamentalmente, la igualdad real entre los sexos, en nuestro caso, el equilibrio en la judicatura. De tal manera que, si esas medidas “se extralimitan en el tiempo, o si se adoptan cuando la igualdad material ya está garantizada entonces no serán constitucionales”,¹³² ya que con ello estaríamos perpetuando “un trato no idéntico que quizás ya no se justifique”.¹³³

5) La acción afirmativa debe ser apta para conseguir la igualdad material, para no terminar afectando en demasía derechos de otros grupos.

Para evaluar si un programa de acción afirmativa, resulta adecuado se han esgrimido dos criterios: 1) los propósitos perseguidos por dicho programa; y, 2) la

¹³⁰ ONU Comité de la CEDAW, “Recomendación General No. 25”, párr. 27.

¹³¹ Violeta Bermúdez Valdivia, *Hacia la igualdad de género en el sistema de justicia*, (Lima: DEMUS-Estudio para la defensa de los derechos de la mujer, 2009) 6, http://www.demus.org.pe/fotos/38e_seriejg_acciones_afirmativas.pdf.

¹³² Gemma Fabregat Monfort, *Las medidas de acción afirmativa: la posibilidad de una nueva tutela discriminatoria* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 51.

¹³³ ONU Comité de la CEDAW, “Recomendación General No. 25”, párr. 11.

conexidad entre ese programa y sus fines.¹³⁴ En nuestro caso, vemos que el objetivo de tales acciones en los concursos realizados por el CJ para el cargo de juezas y jueces, es tener una mayor participación de ellas, que potencialmente ganen los concursos y que ejerzan como juezas.

6) No pueden violar los principios de mérito y capacidad,¹³⁵ lo cual se colige de la Constitución ecuatoriana,¹³⁶ cuando regula el ingreso a la función pública en iguales circunstancias, de tal manera que, la mujer ingresará solo cuando cuente con los méritos suficientes para ocupar el puesto en cuestión. Aunque la meritocracia puede conllevar también a una desigualdad.

3. 4. Justificación

Las acciones afirmativas se legitiman porque tienen como propósito generar una verdadera igualdad, para los miembros de los grupos que históricamente han sido marginados, con ello se engendra una igualdad no solo formal sino material. Asimismo, para obtener una sociedad igualitaria, no basta con promulgar normas jurídicas antidiscriminatorias, sino que es indispensable aumentar la representatividad de los grupos discriminados en todos los ámbitos, asumiendo una postura activa tendiente a eliminar la discriminación, a través de herramientas como las acciones afirmativas, que cumplan ese cometido, y se traduzca en una igualdad de oportunidades y de resultados.

Las acciones afirmativas permiten abrir espacios, que en virtud de tradiciones y hábitos arraigados, usualmente permanecen cerrados para las mujeres.¹³⁷ No son dádivas otorgadas a ellas, sino el resultado de su lucha social, sostenida y creciente, fraguada por siglos, razón por la cual, tales medidas son el medio más efectivo para revertir ese cuadro de exclusión que ha beneficiado a los hombres.

Sobre las acciones afirmativas en razón del género, existen dos cuestiones que deben tenerse presente. La primera es que no dependen de la disponibilidad estatal de medios financieros existentes, así, si el Estado realiza gastos suntuarios en otros insumos, entonces como no va a invertir en políticas que permitan conseguir una igualdad cierta. La segunda es que la adopción de las acciones afirmativas, no está

¹³⁴ Marcela Rodríguez, “Igualdad, democracia y acciones afirmativas”, en *Teoría y crítica del derecho Constitucional*, Tomo II: Derechos, coord. Roberto Gargarella (Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009), 647.

¹³⁴ Rey Martínez, “El derecho fundamental”, 62.

¹³⁵ Fabregat, “Las medidas de acción afirmativa”, 26.

¹³⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 61 numeral 7, 170 y 176.

¹³⁷ Arroyo, “La igualdad un largo camino”, 437.

condicionada esencialmente por el debate político partidista,¹³⁸ aunque un gobierno de tinte liberal preferiría el principio meritocrático, antes que el de igualdad material, basado en la idea de que las libertades individuales están por encima de los derechos de los grupos discriminados.

Las acciones afirmativas que benefician a las mujeres se justifican porque mejoran la situación de toda la comunidad. Siendo un interés compartido por ellas y ellos, conseguir el equilibrio de los sexos, lo cual forja una sociedad más justa.¹³⁹

La CEDAW sostiene que “la adopción de los Estados de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación”.¹⁴⁰ La CEDAW asiente dar un trato distinto, porque solo así, se fundará una sociedad donde se acaben las exclusiones y ellas en todos los espacios, puedan disponer de los mismos derechos y oportunidades que ellos.¹⁴¹ Por tal razón, la normativa de la Unión Europea ha previsto que se puedan establecer medidas benéficas para promover a los miembros del sexo subrepresentado —las mujeres— su ingreso a determinadas actividades laborales o la supresión de desventajas comparativas que pudieran existir en sus carreras profesionales.¹⁴²

En el Ecuador, el fundamento de las acciones afirmativas en virtud del sexo, lo hallamos en la Constitución,¹⁴³ que insta a las autoridades o particulares, a luchar contra las barreras que impiden lograr la verdadera igualdad entre mujeres y hombres, adoptando estrategias que faciliten la incorporación y participación de aquellas en los distintos escenarios.

3. 4. 1. Justicia compensatoria

Llamada también justificación deontológica o argumento retrospectivo, busca resarcimientos por perjuicios anteriores. Se pretende colocar a quienes han sido discriminados en el pasado y darles el lugar del que fueron arrebatados. Este argumento

¹³⁸ Rey Martínez, “El derecho fundamental”, 83-4.

¹³⁹ *Ibíd.*, 106.

¹⁴⁰ ONU Asamblea General, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, art. 4.

¹⁴¹ Alda Facio, “La Carta Magna de todas las mujeres”, en *El género en el derecho: ensayos críticos*, ed. Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, (Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2009), 545.

¹⁴² Paola Bergallo y Natalia Gherardi, “Trabajo”, en *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo I, ed. Cristina Motta y Macarena Sáez (Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2008), 168.

¹⁴³ Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 11 numeral 2 inciso segundo, 65 inciso segundo y 70.

orbita en que las injusticias pretéritas ocasionan una reparación en favor de los excluidos.¹⁴⁴ Esta justicia ha sido aceptada, porque las mujeres siguen soportando múltiples cargas (son pocos los hombres que se ocupan de los quehaceres del hogar) y las posibilidades de conseguir actividades donde la retribución sea buena son restringidas. Se anhela compensar “discriminaciones intencionales o injusticias históricas del pasado cuyas repercusiones todavía se sienten”,¹⁴⁵ remediando las desigualdades fácticas que afectan a las oportunidades de las mujeres a través de la reparación por los daños ocasionados.

Con esta justicia, se legitiman los tratamientos preferentes a las mujeres, especialmente los sistemas de cuotas y *goals*,¹⁴⁶ constituyendo el antídoto para combatir las injusticias pasadas sufridas por ellas en los diferentes ámbitos.

Las acciones afirmativas tienden a remediar las exclusiones que las mujeres han tolerado. Los efectos de la discriminación se atribuyen a un responsable: el Estado, el cual estaría obligado a corregir los daños causados por sus acciones¹⁴⁷ en el pasado.

Este tipo de justicia se enfrenta a dos dificultades. Una es la relativa a quien o quienes deben asumir la responsabilidad por los tratos discriminatorios dados en el pasado ¿Acaso el Estado? ¿Quizás la sociedad? El otro inconveniente es respecto a los beneficiarios de esa compensación, acaso solo se debe reparar a la persona directamente ofendida —mujer— por ese trato, o a todas las mujeres que tal vez no sufrieron en carne propia esa discriminación. Sin embargo, debemos considerar que la discriminación a las mujeres generó y crea ventajas para todos los hombres, frente a ello, debemos remediar la situación, logrando una sociedad más incluyente y participativa, sin importar que la discriminación la haya sufrido una mujer o todas las mujeres.

3. 4. 2. Justicia distributiva

Denominada justificación teleológica o argumento consecuencialista. Desea lograr una igualdad al repartir los recursos a las personas. El propósito de una acción afirmativa es mirar ahora y al futuro, para determinar cuál es el método más equitativo para otorgar derechos, recursos y servicios¹⁴⁸ entre todas y todos.

¹⁴⁴ Rodríguez, “Igualdad, democracia”, 630.

¹⁴⁵ Bossuyt, “El concepto”, 7.

¹⁴⁶ Elósegui, “Las acciones afirmativas”, 520.

¹⁴⁷ Juárez, “Igualdad y acciones afirmativas”, 271.

¹⁴⁸ Rodríguez, “Igualdad, democracia”, 634.

Bajo esta lógica, las mujeres serán beneficiarias de los programas de acción afirmativa, porque en la actualidad merecen una porción mayor de los bienes en disputa.

Desde esta posición, las acciones afirmativas son vistas como un mecanismo que coadyuva a que una sociedad distribuya de forma equitativa sus recursos, tratando de situar a ellas y ellos, al menos en los mismos contextos de partida.¹⁴⁹ El Estado debe dar un trato preferente para lograr una igualdad material entre los sexos respecto de la distribución de bienes, recursos y servicios.

Esta justicia es cuestionada por cuanto podría generar costes indeseables, como los odios sexistas.¹⁵⁰ A lo cual se puede refutar diciendo que el uso de las acciones afirmativas no se basa en este caso, en una justicia compensatoria, que implicaría la realización de un daño o perjuicio aparentes a determinados colectivos, sino en una justicia distributiva, que obliga a terminar con las desigualdades más apremiantes de la sociedad.¹⁵¹

Este tipo de justicia al perseguir valores como la igualdad o solidaridad, no se centra tanto en conocer los causantes de las desigualdades, sino en remediarlas para que no sigan acaeciendo y así anular sus efectos presentes.

3. 4. 3. Utilidad social

Conforme este argumento, las acciones afirmativas están justificadas cuando su adopción contribuye al bien común, anteponiendo el interés general al particular.

Antes que fundamentarse en derechos particulares, como ocurre con los dos tipos de justicia anteriores, lo que se pretende es acrecentar la prosperidad general.¹⁵²

Una acción afirmativa es admitida solo si conviene a la colectividad, no siendo indispensable que las personas hayan sido discriminadas, pues lo importante es que con la adopción de tales medidas, se generen iguales beneficios para hombres y mujeres.

En suma, solo se deben adoptar acciones afirmativas que sean provechosas para la humanidad, ya que solo así se generará una sociedad más justa e igualitaria.¹⁵³

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 636.

¹⁵⁰ Juárez, “Igualdad y acciones afirmativas”, 271.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 272.

¹⁵² Rodríguez, “Igualdad, democracia”, 637.

¹⁵³ *Ibíd.*

3. 5. Argumentos en contra y a favor de las acciones afirmativas

El debate de las acciones afirmativas tiene conexión con la igualdad material. Así, en ocasiones, está justificado dar un tratamiento preferente a quien es parte de un grupo desaventajado. Por otra parte, tales medidas son vistas con sospecha e incluso con enfado, porque podrían trastocar algunos principios. En tal virtud, al ser fuente de controversia permanente es importante analizar las ventajas y desventajas de las acciones afirmativas para visibilizar sus implicaciones actuales y futuras.

En contra.- Respecto a las acciones afirmativas, se dice que:

1) Infringen la igualdad: pues ni cuando se elabora la norma ni cuando se la aplica, existe una razón para dar un trato preferente a las mujeres, pues de hacerlo estaríamos transgrediendo el principio de igualdad, ya que el trato preferente en beneficio de ellas supone una desventaja para los hombres.

2) Constituyen diferencias irrazonables: desde esta postura todo acto —trato diferente de los poderes públicos o privados— resulta arbitrario e irrazonable, ya que no recibe aceptación por parte de la sociedad donde surtirá sus efectos.

3) Atentan contra el mérito que se demanda como requisito para integrar el servicio público: la Constitución ecuatoriana¹⁵⁴ señala que se podrá ocupar empleos y cargos públicos considerando los méritos y capacidades, que para ser parte de la Función Judicial se tendrá en cuenta entre otros los criterios de méritos, y que todo funcionaria o funcionario judicial debe haber accedido al cargo a través de un concurso, todo lo dicho, desvela la preocupación del constituyente por anteponer el buen servicio al sexo de las personas.

El mérito constituye el criterio más adecuado cuando se trata de repartir bienes escasos, por ejemplo: acceso a empleos o a plazas en universidades. La regla del mérito entiende que los puestos deben destinarse a los más calificados, independientemente del sexo, porque la calificación es un caso especial de merecimiento.¹⁵⁵

Conforme el criterio del mérito, las acciones afirmativas no tendrían fundamento, ya que se terminaría dando el empleo o el acceso a la universidad, a quienes no están capacitados para ingresar al mismo.

4) Son inadecuadas para obtener la igualdad: la adecuación se refiere a la capacidad del sistema normativo para alcanzar el fin perseguido; bajo esta óptica, las

¹⁵⁴ Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 61 numeral 7, 170 y 176.

¹⁵⁵ Juárez, “Igualdad y acciones afirmativas”, 264-5.

acciones afirmativas generarían una discriminación hacia los hombres, lo cual está vedado constitucionalmente,¹⁵⁶ por ende, si tales medidas no poseen un fin legítimo y más bien violan derechos de los hombres, entonces no podrían adoptarse.

5) Causan discriminación respecto de inocentes víctimas masculinas: esto significa que quienes se beneficiaron de la discriminación en contra de las mujeres, fueron hombres que quizá ya fallecieron o están en las postrimerías de su vida, en cambio, con la adopción de acciones afirmativas se termina perjudicando a hombres que no ocasionaron directamente la discriminación hacia las mujeres.

6) Quienes se respaldan de las acciones afirmativas enfrentan la desconfianza de no haber obtenido los cargos en base a sus méritos: las acciones afirmativas sostienen los críticos terminan discriminando a las mujeres, ya que las trata como seres inferiores, que requieren la ayuda del ordenamiento jurídico para poder alcanzar un puesto, que por sus propios méritos no podrían alcanzarlo,¹⁵⁷ en nuestro caso, el ejercicio de jueza. En línea con lo anterior, incluso funcionarias de la Fiscalía del Azuay, nos han dicho que el otorgamiento de puntos en los concursos para acceder al cargo de fiscales, por el hecho de ser mujer, constituye una afrenta en su contra, ya que ellas no necesitan tales puntos, y que más bien, darles esa puntuación adicional, significa asimilarles a las personas discapacitadas.

Las mujeres como beneficiarias de las acciones afirmativas, deben enfrentar el entredicho de toda la sociedad, la cual piensa que su acceso a la función se debió más al sexo al que pertenecen antes que a sus méritos.¹⁵⁸ En síntesis, se sostiene que las acciones afirmativas, permiten a una persona ocupar una posición, que quizá jamás hubiese tenido, de no mediar tales medidas, por no tener las calificaciones necesarias, y esto conllevaría una situación de malestar psicológico en la beneficiaria.

A favor.- Frente a tales reproches podríamos indicar:

1) No violan sino realizan el principio de igualdad, pues es ineludible un tratamiento distinto para obtener la igualdad material: la crítica a las acciones afirmativas no se la debe hacer solo desde la óptica de la igualdad formal, sino que se debe analizar también la igualdad material, la cual considera las características de las personas —mujeres— para dar un trato diferente, basado en la situación de exclusión

¹⁵⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 11 numeral 2.

¹⁵⁷ Sentencia No. C-371-00 de la Corte Constitucional Colombiana, citada por Judith Salgado, *Manual de formación en género y derechos humanos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2013), 143.

¹⁵⁸ David Giménez Gluck, “Caracteres constitucionales de la acción afirmativa”, en *La justicia constitucional en el Estado democrático*, coord. Eduardo Espín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 343.

que ellas han soportado a lo largo de la historia. En este aspecto, las acciones afirmativas, no lesionan la igualdad, más bien la realizan, ya que si solo tomáramos como parámetro la igualdad formal, no atendiendo “las discriminaciones que de hecho existen en nuestra sociedad, terminaríamos conculcando el objetivo de lograr una sociedad justa”.¹⁵⁹

2) El tratamiento diferente que otorgan las acciones afirmativas es razonable, legítimo, adecuado y no arbitrario: el fundamento de tales medidas es tener una sociedad más justa y participativa para las mujeres, ello requiere un trato diferente, que es razonable, porque tiene un objetivo previsto normativamente (la existencia de más juezas); adecuado ya que las acciones afirmativas conducen a la consecución del fin propuesto (tener más juezas); y, si ese trato reúne las características descritas, entonces no es arbitrario. El trato será proporcional mientras no se sacrifique exageradamente los derechos de los hombres, así frente a un universo de cien puntos en los concursos, el dar dos puntos por el hecho de ser mujer, no es desproporcionado.

3) Con las acciones afirmativas se pretende beneficiar no a todas las mujeres, sino a aquellas situadas en condiciones similares a los varones en términos de mérito y capacidad: el mérito puede basarse en criterios injustos, si la situación de partida entre las personas no es semejante, aunque claro está, que mejorando la situación de las mujeres que se estén en igualdad de méritos con los hombres se podrá acrecentar su representación. Sí, el mérito no es un criterio absoluto de distribución de bienes, servicios y recursos, entonces, puede ceder frente a otros principios constitucionales, como la igualdad material.

La medida de acción afirmativa se acoge, cuando se concibe que ellas poseen las mismas aptitudes que ellos para cumplir con el cargo postulado.¹⁶⁰

Centrándonos en los concursos, diremos que el hecho de que se establezcan acciones afirmativas para ellas, tales como la asignación de puntos o la preferencia automática en caso de empate, no implica que ellas no deban cumplir los requisitos previstos constitucionalmente y en la demás normativa para el desempeño de dichos cargos, ni tampoco que las deban elegir simplemente por ser mujeres. De ahí que, las participantes en dichos concursos y que resulten ganadoras, deban reunir los requisitos

¹⁵⁹ Carbonell, “Neoconstitucionalismo”, 225.

¹⁶⁰ Salgado, “Manual de formación”, 143.

demandados para ejercer tales funciones, condiciones que también las tienen que cumplir los hombres participantes y que sean los ganadores.¹⁶¹

4) Los países que han adoptado las acciones afirmativas, las consideran adecuadas para nivelar a los sexos: estas medidas son una compensación a las mujeres, por el tiempo de discriminación padecido, y resultan útiles para la sociedad. Sí, las acciones afirmativas han permitido que más mujeres accedan a puestos de mayor jerarquía, entonces, son instrumentos adecuados para el cumplimiento de la igualdad material y la consiguiente asimilación entre los sexos.

5) Aunque reconozcamos que no todos los varones son culpables directos de la discriminación, no obstante, se han aprovechado indirectamente de las ventajas dadas por una colectividad segregadora: el propósito de las acciones afirmativas no es ubicarles a ellos en situaciones inferiores a ellas, sino remediarlas a aquellas por la exclusión padecida.¹⁶² Si siguiéramos argumentando que las acciones afirmativas lesionan los derechos de los hombres, continuaríamos legitimando la conservación del *estatus quo*, es decir, que las cosas se mantengan como están, que las mujeres no logren acceder a las funciones de alta jerarquía, pues está presente en la mente de las personas nominadoras públicas o privadas, que al momento de otorgar un puesto, estando al frente un hombre y una mujer, terminen inclinándose en favor del hombre. Además, las tales acciones, no deben vulnerar los derechos de nadie, pues se pondera, se ve que esta medida no tenga el ánimo discriminatorio, que sea idónea, legítima y razonable, y lo más importante que genere una sociedad más participativa e incluyente para ambos sexos, considerando que las mujeres han tenido que luchar para que se reconozcan sus derechos ínsitos.

Haciendo un símil, diremos que así como la supresión de la esclavitud no se consideró perjudicial para los propietarios, tampoco, el supuesto trato desigual que tendrían los hombres, puede servir como pretexto para seguir manteniendo la discriminación hacia ellas.¹⁶³

6) Con las acciones afirmativas se demuestra la competencia de las mujeres, ya que mejoran su propia confianza: estas medidas se originan, porque se piensa que ellas son tan eficientes como ellos para cumplir cualquier labor.¹⁶⁴

¹⁶¹ *Ibíd.*, 144.

¹⁶² Rey Martínez, "El derecho fundamental", 31.

¹⁶³ Salgado, "Manual de formación", 142.

¹⁶⁴ Carbonell, "Neoconstitucionalismo", 227.

Estas acciones aumentan la autoestima de ellas, porque sentirán un deseo de prepararse, y como se sabe para una persona es más doloroso verse excluido de determinados ámbitos, que recibir un trato diferente legítimo, no arbitrario y razonable.

Siguen siendo pocas las mujeres que ocupan puestos jerárquicos, porque aunque se den similares oportunidades, esto no implica que se tengan resultados análogos.

A modo de colofón de este apartado diríamos que las acciones afirmativas para las mujeres “generan mayores ventajas que las desventajas que podrían producir”.¹⁶⁵ Por ello, somos partidarios de la adopción de aquellas, ya que todas las críticas que se han esbozado en su contra, han sido contra argumentadas, es preferible su adopción, porque solo con ellas y con un trato justo y equitativo, se conseguirá tener a más mujeres en los puestos directivos, con ello, se logrará que en las decisiones que se tomen se plasmen sus puntos de vista y de esta forma se combata un problema estructural de nuestra sociedad, como es el patriarcado que aún se mantiene.

3. 6. Tipos de acciones afirmativas

No existe unanimidad en torno a los tipos de acciones afirmativas existentes, así varían en función del país, normativa jurídica o planteamiento filosófico que adoptemos. Sin embargo, para los fines de esta investigación, las dividiremos en dos grupos: 1) acciones afirmativas suaves: les benefician a ellas sin lesionar a ellos, dentro de estas, tenemos las medidas de concienciación y las que promueven la igualdad; y, 2) acciones afirmativas fuertes: la preferencia por las mujeres se manifiesta en situaciones de concurrencia con los hombres, respecto de la distribución de escasos bienes, recursos y servicios, esta preferencia supone una desventaja para los hombres, aquí se encuentran las medidas de trato preferencial y las cuotas a las mujeres, también llamados *goals*.¹⁶⁶

3. 6. 1. Acciones afirmativas suaves

1. Medidas de concienciación

Son medidas de formación o de carácter publicitario, orientadas a concientizar a la población respecto de la discriminación sexual, v. g. campañas para combatir la discriminación, propagandas para sensibilizar sobre el maltrato contra las mujeres, el fomento de cursos de especialización, campañas para acrecentar la intervención

¹⁶⁵ Rodríguez, “Igualdad, democracia”, 648.

¹⁶⁶ Luis López Guerra, “Constitución y Género”, en *Género y Derecho Constitucional*, coord. Fernando Flores (Quito: Corporación Editora Nacional, 2003), 32.

femenina en la política.¹⁶⁷ El propósito de estas medidas, es crear en las personas una sensibilización del problema, lo cual conlleva a que las mujeres alcancen el mismo reconocimiento que los hombres, sin dejar de lado sus particularidades. Son medidas leves, porque no afectan a los hombres, no generan mayor resistencia, más bien, existe el consenso de su plena adopción para lograr una sociedad más incluyente.

En nuestro país, como ejemplo de esta medida fue la campaña denominada: “Reacciona Ecuador el machismo es violencia”,¹⁶⁸ que pretendía que la población reflexione sobre los perjuicios que el machismo ocasiona.

2. Medidas que promueven la igualdad

Son medidas que buscan la igualdad entre los sexos. Se incluyen acciones que buscan: 1) que lo masculino deje de ser el referente en la enseñanza en todos los niveles de educación, modificando los libros y programas escolares, se propende una formación inclusiva como asignatura crucial dentro del pensum de estudios; 2) garantizar el ingreso de ellas a todas las etapas de la educación; y, 3) elaborar la legislación concerniente que regule cuestiones como la maternidad y lactancia.¹⁶⁹ También, corresponden a estas medidas, la realización de seminarios o estudios encaminados a reflexionar sobre la igualdad.

De todas las medidas enunciadas vale referirse a la educación que se imparte en los primeros años de nuestra educación formal. Para ello, comenzaremos con la interrogante ¿Por qué cuándo la persona educadora les dice a sus educandos que van a tratar sobre la historia del ser humano, solo se hace alusión a las contribuciones que han hecho los hombres, relegando el aporte de las mujeres? La respuesta es que todos hemos sido instruidos desde el patriarcado¹⁷⁰ y con el mantenimiento de este tipo de conductas no se promociona la igualdad sino que más bien se perpetúa la discriminación.

Otro ejemplo nos trae la Constitución que prevé una medida en favor de las embarazadas cuando señala que el Estado debe brindar “las facilidades para su

¹⁶⁷ Añón, “Igualdad, diferencias”, 53.

¹⁶⁸ Se llevó a cabo entre diciembre de 2009 y marzo de 2010, fue transmitida en medios masivos (televisivos y radiales).

¹⁶⁹ Añón, “Igualdad, diferencias”, 53-4.

¹⁷⁰ Facio, “El principio de igualdad”, 78.

recuperación y durante la lactancia”,¹⁷¹ lo cual, se desarrolla en el Código del Trabajo¹⁷² y en la Ley Orgánica del Servicio Público.¹⁷³

3. 6. 2. Acciones afirmativas fuertes

Son más incisivas, que pueden ser “las cuotas y los tratos preferentes (*goals*)”.¹⁷⁴

1. Cuotas o medidas de discriminación inversa

Son herramientas que retienen un porcentaje o ciertas vacantes determinadas, en los ámbitos laboral (puestos de trabajo en el ámbito público o privado) político (representación política) o educativo (ingresos a las universidades) en favor de quienes conforman los grupos discriminados y que peor situados han estado en la sociedad, v. g. mujeres, personas en situación de discapacidad, indígenas, etc.

Este porcentaje puede o no depender del tiempo, ya que las acciones afirmativas son transitorias. Pueden ser flexibles (la selección no es automática) y rígidas.¹⁷⁵

Las cuotas son las herramientas más aplicadas en el mundo, su objetivo es asegurar un nivel de participación mínimo para los grupos que tienen dificultades insuperables para conseguirla, v. g. las mujeres. Las cuotas de género se emplean para garantizar que más mujeres obtengan escaños en los puestos laborales, de representación popular,¹⁷⁶ en los organismos decisorios y en el acceso a las universidades, pues solo así se podrá evidenciar sus necesidades y lograr que éstas estén presentes en la agenda pública estatal.

En las cuotas, el bien, recurso o servicio con el que se beneficia a una persona, es escaso y, por ende, también anhelado por las personas de los otros grupos, que no poseen ese rasgo por el que se les favorece a aquellas,¹⁷⁷ logrando enmendar los efectos nocivos que las discriminaciones han producido en el tiempo.

La principal objeción a las cuotas es que mediante ellas, las personas beneficiarias, que ingresan en las universidades, acceden a los puestos públicos, triunfan en las elecciones, no poseen los méritos indispensables, se dice que si no existiesen

¹⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 43 numeral 4.

¹⁷² Ecuador, *Código del Trabajo*, Registro Oficial 294, Segundo Suplemento, 06 de octubre de 2010, arts. 152 y 155.

¹⁷³ Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial 294, Segundo Suplemento, 06 de octubre de 2010, art. 27 literal c.

¹⁷⁴ Rey Martínez, “El derecho fundamental”, 85.

¹⁷⁵ Añón, “Igualdad, diferencias”, 56.

¹⁷⁶ Isabel Zapata, “Las cuotas de género en México”, en *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, coord. Juan Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (México: Fontamara, 2010), 243.

¹⁷⁷ Elósegui, “Las acciones afirmativas”, 147.

estas herramientas, no habrían alcanzado tales bienes o puestos. Frente a esta crítica, podríamos indicar que una sociedad basada en la meritocracia puede resultar injusta, si el punto de partida entre las personas no es semejante, pues solo disfrutarían de los bienes, servicios y recursos a repartir, quienes han tenido la posibilidad económica de prepararse académicamente y llenarse de títulos, frente a aquellos que no han logrado hacerlo por diferentes circunstancias, v. g. las mujeres por hacer las labores del hogar tienen que descuidar su preparación, y no van tener los recursos para continuar preparándose, este fenómeno es conocido como la “feminización de la pobreza”.¹⁷⁸

Para Bobbio es preferible reemplazar la frase “discriminación inversa” por la de cuotas,¹⁷⁹ para evitar malas interpretaciones ya que en la contemporaneidad el vocablo discriminación tiene una connotación peyorativa, que hace alusión a un trato arbitrario, injusto e irrazonable. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) sostiene la contradicción de utilizar la frase “discriminación positiva”, pues si la discriminación es algo perjudicial, no puede ser favorable.¹⁸⁰ En base a lo expuesto, coincidimos que llamar medidas de discriminación positiva o inversa, implica una contradicción.

Las cuotas pueden establecerse en dos momentos: 1) al inicio del proceso; y, 2) en la conclusión del proceso.

Cuotas en el punto de partida

Están enunciadas en la Constitución, cuando señala que “en las candidaturas a elecciones pluripersonales se respetará la participación paritaria y alternada entre hombres y mujeres”.¹⁸¹ Esta cuota se desarrolla en el Código de la Democracia donde se determina que en las listas electorales pluripersonales, las mujeres deben representar al menos la mitad de las candidaturas, tener una ubicación alternada, y con la última reforma, se ordena que “al menos el cincuenta por ciento de todas las listas de candidaturas pluripersonales y unipersonales para elecciones primarias o procesos

¹⁷⁸ Implica que las mujeres son pobres por razones de género, porque al tener que cumplir labores del hogar que no son remuneradas, no tienen una fuente de ingreso. Amartya Sen, sostiene que existen 7 desigualdades por razón de género: i) en la mortalidad, ii) en la natalidad, iii) de oportunidades básicas (salud), iv) de oportunidades especiales (educación superior), v) en el acceso al mercado de trabajo y a puestos de nivel superior, vi) en el acceso a la propiedad de bienes y tierras, vii) desigualdad en el hogar reflejada en la división del trabajo por género. Citado por Irma Arriagada, “Dimensiones de la pobreza y políticas desde una perspectiva de género” en *Revista de la CEPAL*, n.º 85 (Abril, 2005), 106.

¹⁷⁹ Bobbio, “La naturaleza del prejuicio”, 187.

¹⁸⁰ Murillo, “Las medidas de acción afirmativa”, 244.

¹⁸¹ Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 65 y 116.

electorales internos, estén encabezadas por mujeres”.¹⁸² Son medidas de inicio, porque un partido o movimiento político, que pretenda inscribir candidaturas para terciar en elecciones pluripersonales, debe respetar lo previsto en la normativa, con ello, hay más posibilidades de que más mujeres participen, lo cual ha sido catalogado por parte de organismos internacionales como un avance.¹⁸³

Un Estado tiene que ofrecer el panorama legal adecuado para que ellas tengan las mismas posibilidades que ellos, para ser electas autoridades mediante el sufragio, lo cual se garantiza mediante la alternabilidad y la paridad, que son dos situaciones distintas. Mientras, la primera alude a la secuencia alternada (hombre-mujer-hombre o viceversa) que debe tener la lista que va a terciar; en cambio, la segunda se refiere a que la lista debe tener la misma cantidad de candidatas y candidatos.¹⁸⁴

Cuotas en el punto de llegada

Son medidas en las que se propone alcanzar la paridad, una vez que se ha dado la elección para la que postularon o el concurso en el que intervinieron. No solo mira a la igualdad de oportunidades, sino que se trata de lograr igualdad en los resultados. Un ejemplo de este tipo de cuotas lo contempla el Código de la Democracia, que sostiene, que “en el caso de empate entre un candidato y una candidata, se le prefiera a ella en la adjudicación en aplicación de las medidas de acción afirmativa y los principios de equidad y paridad reconocidos por la Constitución y la Ley”.¹⁸⁵

2. Medidas de trato preferencial

Son herramientas que persiguen la igualdad en el desenlace final. Se centran en las metas finales, para lo cual, permiten entregar puntajes extras a quienes han sido discriminados y a los cuales se desea favorecer, en nuestro caso, las mujeres. El trato preferencial tiene las siguientes características: 1) equivalencia al inicio, v. g., igualdad de méritos; 2) situación de exclusión del grupo beneficiado; y, 3) motivación de ese trato preferencial.¹⁸⁶

¹⁸² Ecuador, *Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador*, Registro Oficial 578, Suplemento, 27 de abril de 2009, art. 94. Esta ley es conocida como Código de la Democracia.

¹⁸³ ONU Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “*Observaciones finales*”, 5.

¹⁸⁴ Ecuador. Corte Constitucional Ecuatoriana, “Sentencia” en Juicio No. 002-09-SEP-CC, 05 de mayo de 2009, 9, <http://www.corteconstitucional.gob.ec>.

¹⁸⁵ Ecuador, *Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador*, art. 74.

¹⁸⁶ Añón, “Igualdad, diferencias”, 58.

Los grupos a los cuales se les va a dar un trato preferente deben reunir dos requisitos: 1) haber sufrido la discriminación; y, 2) deben persistir las desigualdades que no han permitido que acceden de forma igualitaria a los recursos.¹⁸⁷

Estas medidas se dan cuando al final del proceso, se elige a quien pertenece al grupo desaventajado, v. g. si dos personas obtienen la misma puntuación para acceder a un cargo, pero, una de ellas es mujer, se la escogerá porque forma parte del sexo excluido,¹⁸⁸ con esto, se logra una efectiva redistribución de las oportunidades entre los sexos.

En Europa las medidas que conceden automáticamente la prioridad a la mujer cuando iguala con un hombre, sin tener en cuenta las circunstancias personales de él son antijurídicas.¹⁸⁹ Es un tratamiento preferencial no automático de ella, que examina las circunstancias sociales del hombre, de tal forma que, se prefiere a la mujer, donde está infrarrepresentada, a no ser que las circunstancias sociales del candidato aconseje otra cosa. En este caso, se prevé una excepción al trato preferencial automático.¹⁹⁰ No obstante, esta medida, sin el análisis de la circunstancia concreta de cada persona, consta en el reglamento de concursos.¹⁹¹

Las medidas de trato preferencial pueden incluir otras acciones más radicales, v. g. el otorgamiento automático a los miembros de determinados grupos de puntos extras en los concursos como forma de equiparación para competir,¹⁹² un ejemplo de esta medida, figura en el referido reglamento.¹⁹³

Cuando la Constitución indica que todos “gozarán [...] de los mismos derechos, deberes y oportunidades”,¹⁹⁴ significa que el punto de partida para quienes concurren a la adjudicación de un bien, servicio o recurso, es igual para todos, por esa razón, el Estado y los poderes privados, deben colocar a todas y todos sus integrantes en las

¹⁸⁷ Ezequiel Nino, “Efecto o intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación”, en *El derecho a la igualdad*, coord. Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (Buenos Aires: LexisNexis, 2007), 227.

¹⁸⁸ Judith Salgado, “Discriminación y acciones afirmativas”, en *Del dicho al hecho: sistematización del proceso de reflexión en torno a la situación del pueblo afroecuatoriano y la aplicación del derecho a la igualdad* (Quito: Pantone Impresiones, 2010), 25.

¹⁸⁹ Elósegui, “Las acciones afirmativas”, 83.

¹⁹⁰ José García Añón, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 322.

¹⁹¹ Ecuador, Consejo de la Judicatura, *Reglamento sustitutivo de concursos para la selección y designación de servidoras y servidores de la función judicial*, art. 42 segundo inciso.

¹⁹² Bossuyt, “El concepto”, 27-8.

¹⁹³ Ecuador, Consejo de la Judicatura, *Reglamento sustitutivo de concursos para la selección y designación de servidoras y servidores de la función judicial*, art. 15.

¹⁹⁴ Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 11 numeral 2 segundo inciso.

mismas condiciones iniciales para concursar libremente por los bienes y recursos objeto de disputa. Sin embargo, haciendo una interpretación integral, la misma Constitución permite que el Estado cree y ejecute “políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres”,¹⁹⁵ entre las cuales, están las medidas de trato preferencial.

En el trato preferencial se favorece a la mujer que tiene las mismas capacidades, que el hombre. En cambio, en la cuota, al margen de que ellas tengan o no los méritos que ellos, ellas acceden porque simplemente forman parte de ese grupo discriminado.¹⁹⁶

La igualdad al inicio del proceso, no siempre implica igualdad al final, por ello, es necesario que las acciones afirmativas pongan énfasis en conseguir una auténtica y real paridad entre todas y todos en las funciones jurisdiccionales.

4. La igualdad como derecho a la diferencia: no todo trato distinto es discriminatorio

Sí, el tratamiento distinto resulta excesivo para una persona o grupo, que se traduce en una violación a sus derechos, entonces, es una discriminación. En cambio, sí, ese trato es adecuado y legítimo, para abonar a la vigencia de los derechos, entonces, es una distinción o diferenciación.¹⁹⁷

El respeto por la diferencia es conocido como igualdad constitucional, la cual parte de la premisa que las diferencias entre personas existen, pretendiendo convertir esas distinciones en diferencias jurídicas y garantizando el derecho a ser distinto.¹⁹⁸

Decir que entre todos tenemos similitudes, no implica, que debamos ser tratados de la misma forma, si nos encontramos frente a supuestos distintos, por ello, a veces está plenamente justificado un tratamiento diferente entre dos personas, siempre que se tomen en cuenta los criterios, traídos a colación por Laporta:¹⁹⁹

Compensación de necesidades.- Es aceptable tratar de forma distinta a quien posee un requerimiento insatisfecho frente a otra que no la tiene; el problema radica en determinar el concepto de necesidad. Como ejemplo de este trato, tenemos el Bono de

¹⁹⁵ *Ibíd.*, art. 70.

¹⁹⁶ García Añón, “El principio de igualdad y las políticas, 321.

¹⁹⁷ Salgado, “Manual de formación”, 134.

¹⁹⁸ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 8a. ed. (Madrid: Marcial Pons, 2002), 293.

¹⁹⁹ Francisco Laporta, “El principio de igualdad: introducción para su análisis, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 67 (1985), 20-1, https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Laporta%2C+Francisco.+%E2%80%9CEl+principio+de+igualdad%3A+introducci%C3%B3n+para+su+an%C3%A1lisis%2C+Sistema%2C+n%C3%BAmero+67.+Madrid%3A+1985.+&btnG=.

Desarrollo Humano (BDH) mismo que el gobierno ecuatoriano otorga a quienes conforman los más bajos quintiles de pobreza, beneficio que no podría recibir una persona que no esté dentro de los referidos quintiles.

Identificación de habilidades.- Se puede propiciar un trato particular a quien posee destrezas o características congénitas, frente a alguien que no lo tiene. Así, es factible, tratar indistintamente a quien no haya adquirido la enfermedad de Parkinson, frente a una que la padezca, al instante de seleccionar un cirujano plástico.

Consideración de status.- Cuando dos personas no compartan el mismo status, se las puede otorgar un tratamiento diferenciado. Por status entendemos “la condición de pertenecer a determinada clase a la que el derecho le asigna ciertas capacidades o facultades y ciertas incapacidades legales”,²⁰⁰ status son: niño, abogado, mayor de edad, etc., v. g. es justificado tratar de manera distinta a quien tiene más de dieciséis años frente a un niño de siete años respecto a la titularidad del derecho al sufragio, o el trato diferente a una persona que es abogado frente a otra persona que solo ha acabado el bachillerato, al momento de defender a una persona en un proceso judicial.

Por lo manifestado, tenemos que la igualdad y la diversidad se complementan. Siguiendo este orden de ideas, colegimos que la diferencia implica el reconocimiento de que no todas y todos vamos a estar siempre en las mismas condiciones y poseer iguales necesidades, habilidades o status.²⁰¹

Una igualdad en la diferencia, tratándose de hombres y mujeres, lucha porque ambos sexos estén presentes simultáneamente en las esferas pública y privada, esto implica, más espacios para ellas en lo público, y más compromiso de ellos en lo privado, asumiendo cada uno sus roles, no solo que los hombres digan que “apoyan en las actividades del hogar”, sino que asuman dichas tareas con el compromiso que amerita, solo así podremos hablar de una verdadera igualdad basadas en la heterogeneidad. De lo que se trata es de promover un cambio de roles, rompiendo prejuicios y estereotipos respecto de las actividades que deben realizar hombres y mujeres y que se nos han transmitido, solo “un compromiso compartido entre padres y madres en relación al cuidado y educación de los hijos puede ser capaz de ofrecer a las mujeres un escenario propicio para su incorporación a otros espacios”.²⁰²

²⁰⁰ Rabossi, “Derechos humanos”, 47.

²⁰¹ Añón, “Igualdad, diferencias”, 23-4.

²⁰² Silvina Álvarez, “Igualdad y representación de las mujeres: el impacto político, social, y cultural”, en *La Constitución en 2020*, coord. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011), 55.

Al terminar este capítulo diríamos que la igualdad es un derecho, principio y valor que ha estado presente a lo largo de la historia, que antes se creía que sólo tratando igual a lo igual y diferente a lo diferente, bastaba para que este principio se cumpla, luego, se vio que era necesario equiparar a las personas de los grupos relegados, emergiendo la igualdad material, que en los hechos busca que las fuerzas entre las distintas personas se equiparen. Para lograr esta igualdad no se debe discriminar, es ahí donde el Estado, debe adoptar políticas públicas y emitir normas que garanticen ese equilibrio, siendo una de esas herramientas, las acciones afirmativas, que tienen su origen en el combate a la exclusión, las cuales a pesar de las críticas recibidas, son más los beneficios que traen que los perjuicios del que se les pretende tildar. Entendidos estos conceptos, en el siguiente capítulo los aterrizaremos en nuestra pregunta de investigación, para ver en qué medida, las acciones afirmativas son constitucionalmente adecuadas en los concursos convocados para el CJ en el tiempo delimitado.

Capítulo Segundo

La adecuación constitucional de las acciones afirmativas otorgadas en beneficio de las mujeres en los concursos convocados y realizados por el Consejo de la Judicatura transitorio y por el Consejo de la Judicatura definitivo

Considerando que las brechas estructurales entre hombres y mujeres diversas persisten, corresponde en este capítulo determinar si el otorgamiento de puntos extras por el hecho de ser mujer, así como la preferencia automática de ella, en caso de empate con un varón, que se establecen en los reglamentos de los concursos para juezas o jueces, transgreden o no mandatos constitucionales, especialmente, lo atinente a la igualdad y al mérito, para ello, tomaremos como herramienta metodológica el test de razonabilidad aplicado al juicio de igualdad, para demostrar que ese tratamiento está justificado. Luego, se hará un recorrido por los diferentes concursos, reflexionando sobre los efectos que la aplicación de estas medidas han tenido en ellos, estableciendo que existen otros factores, aparte del género, que se consideran en los concursos, después, estudiaremos la interseccionalidad, entendiendo que una mujer puede sufrir más de una discriminación. Finalmente, verificaremos, si la adopción de tales acciones ha permitido que existan más juezas y conforme esta experiencia se contribuirá con algunos argumentos para potenciar la adopción de aquellas medidas.

1. Requisitos del test de razonabilidad aplicado al juicio de igualdad

El referido test se aplica como una medida que analiza si una norma o un acto de los poderes públicos o privados transgreden o no la igualdad.²⁰³ Constituyen las exigencias que permiten la admisión de un trato desigual, anotando que este test está compuesto por etapas, en una suerte de gradas, pues para seguir a la fase posterior se debe haber superado la anterior, de tal forma, que para alcanzar el final, se deben haber sorteado todas las fases precedentes.²⁰⁴

²⁰³ César Rodríguez, “El test de razonabilidad y el derecho de igualdad”, en *La Corte Constitucional: el año de la consolidación* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1998), 271.

²⁰⁴ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n. °: C-022/96*, 23 de enero de 1996, 9.

El propósito de la razonabilidad consiste en constatar, que la normativa analizada o la medida tomada, no sea una decisión arbitraria, sino que halle su fundamento en una razón legítima,²⁰⁵ que reciba el respaldo de la colectividad donde va a ejecutarse. A la inversa, una distinción es irrazonable cuando transgrede “a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común”.²⁰⁶

Sí, el Estado o los poderes privados, quieren dar un beneficio a una persona que ha sido oprimida, entonces, la ayuda debe ser razonable, esto significa, que la diferencia de trato se relacione con los intereses que protege la norma o decisión.²⁰⁷

Lo razonable, aterrizado a las acciones afirmativas, implica que esas medidas, dirigidas a las minorías desdeñadas, son de hecho benéficas y no menoscaban derechos constitucionales de terceros,²⁰⁸ más bien, concretizan la igualdad material a favor de los grupos excluidos.

Al estar frente a una persona que va a recibir un beneficio, frente a otra que va a sufrir un perjuicio, es indudable que debemos examinar el derecho a la igualdad de ambas, y al no conocer otra herramienta fundamental, para verificar si ese tratamiento es o no arbitrario, necesariamente, tenemos que recurrir a este test.

Este test tiene los pasos que a continuación detallamos.

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

Este paso indaga sobre la motivación que entraña el tratamiento diferente.²⁰⁹

En esta etapa, conforme el tema de análisis, se permite la adopción de medidas que buscan descartar o mermar las desigualdades que viven en la realidad las personas excluidas respecto de quienes pertenecen a sectores que no han vivido esas opresiones. Son acciones que logran la igualdad de hecho, sin lesionar la igualdad como tal.²¹⁰

Está claro que las acciones afirmativas persiguen una finalidad: impulsar la adhesión de las personas segregadas en los puestos de dirección para compensarlas legítimamente por la discriminación sufrida. Es evidente que este propósito, reconoce que esas personas están subrepresentadas en los espacios donde se toman las decisiones, en tal virtud, el Estado debe preferirlas para remediar esta situación.

²⁰⁵ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 695.

²⁰⁶ Rabossi, “Derechos humanos”, 57.

²⁰⁷ Fernández, “Igualdad y derechos humanos”, 77.

²⁰⁸ Juárez, “Igualdad y acciones afirmativas”, 17.

²⁰⁹ Gaviria, “Sentencias”, 66.

²¹⁰ Elósegui, “Las acciones afirmativas”, 226.

Para determinar la existencia del fin pretendido a través del tratamiento desigual, serán de vital importancia los argumentos que se den sobre el objetivo perseguido. Aparte de conseguir la paridad entre las diferentes personas, es fundamental el acceso de las y los excluidos, para que en las resoluciones tomadas se considere el punto de vista de cada una de ellas y de esta forma se recojan sus aspiraciones.

1. 2. Objetivo constitucionalmente válido

Para verificar la validez es imperioso contrastar el hecho (trato diferente) con la Constitución. Se analiza la constitucionalidad del objetivo buscado, en el sentido de que, con la adopción del tratamiento distinto se protegen otros derechos. Caso contrario, sí, dicho propósito es inconstitucional, entonces, el test se agota en esta fase.²¹¹

En nuestro caso, la finalidad anhelada es constitucionalmente legítima, porque la propia Constitución permite que los colectivos minusvalorados reciban las acciones afirmativas en su favor; además, con ello se cumplen otros valores, como son, la igualdad material y la paridad en la función pública.²¹² Sí, aquello contribuye para que las personas de los grupos discriminados se equiparen en relación a los que no han padecido la exclusión, entonces, el tratamiento diferente es constitucional.

1. 3. Trato desigual razonable

En ocasiones, se debe dar un tratamiento igual y no discriminar, para que aquello se cumpla el Estado o los particulares deben asumir una postura de abstención. De otro lado, a veces, es factible dar un trato distinto, cuando “la diferencia es de tal proporción o está relacionada con bienes importantes que requieran medidas compensatorias de la desigualdad de hecho”,²¹³ es donde el Estado o los poderes privados deben actuar, promoviendo ese trato que es respaldado por la sociedad.

Superadas las dos etapas anteriores, se debe proceder al último paso, que se refiere a verificar si el tratamiento distinto es o no razonable, para lo cual se deben acreditar las siguientes fases:

1) Adecuado para alcanzar el fin válido constitucionalmente: esto supone que la afectación de un derecho promueva un fin constitucionalmente efectivo.²¹⁴ La

²¹¹ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º: C-022/96*, 23 de enero de 1996, 9.

²¹² Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 11 numeral 2) inciso tercero, 65, 70, 176.

²¹³ César Rodríguez, “Test de razonabilidad”, 269-70.

²¹⁴ Bernal Pulido, “El juicio de igualdad”, 475.

aspiración al otorgar acciones afirmativas para las personas excluidas en distintos ámbitos, es que lleguen a los puestos decisorios.

En nuestro caso, la adopción de estas medidas, hace que las autoridades organizadoras de los concursos reflexionen sobre la discriminación que han padecido las personas desdeñadas. Asimismo, se crea en el imaginario, la práctica de que quienes cumplen con los requisitos mínimos, con presidencia del grupo al que pertenezcan, pueden desempeñarse como juezas y jueces. No sólo eso, sino que al haber juezas y jueces de diferentes colectivos, las decisiones que tomen, considerarán sus diversos puntos de vista,²¹⁵ logrando una finalidad que avale la igualdad real.

La medida adoptada además de materializar el objetivo propuesto, es “necesario que sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura”,²¹⁶ es decir, sólo si la medida de acción afirmativa, cumple con el objetivo propuesto y nos sirve para ello, podemos decir que es idónea o adecuada.

Al contrario, una medida es inadecuada, cuando no contribuye a la obtención de su fin inmediato,²¹⁷ es decir, cuando esa acción adoptada no tiene razón de ser, porque no “favorece la realización de un fin legislativo que es constitucionalmente legítimo”.²¹⁸

2) Necesario: que “no exista otra medida menos gravosa para conjurar o prevenir alteraciones del orden público y la protección de los derechos de su destinatario y de terceros”.²¹⁹ *Contrario sensu*, si hay otros medios menos gravosos al tratamiento diferente que se pretende implantar, se debe optar por tales medios y consiguientemente dicho tratamiento no superaría esta etapa.

Entre todas aquellas medidas que se tengan, la escogida debe al mismo tiempo, apoyar el fin planteado y limitar en menor medida el derecho. La necesidad es un juicio paralelo entre los medios y la medida adoptada (acción afirmativa). Sobre los otros medios deben verificarse dos condiciones: **a)** si tiene al menos igual aptitud que la medida seleccionada; y, **b)** si aflige al derecho en menor forma; de tal manera que, si hay algún medio alternativo que cumpla estos requisitos,²²⁰ la medida adoptada (acción

²¹⁵ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n. °: C-371/2000*, 29 de marzo de 2000, 57.

²¹⁶ Bernal Pulido, “El juicio de igualdad”, 470.

²¹⁷ Bernal Pulido, “El principio de proporcionalidad”, 724.

²¹⁸ *Ibíd.*, 809.

²¹⁹ José Armando Rivas Rentería, “La retención transitoria como medida correctiva y de protección a cargo de los Comandantes de Estaciones y Subestaciones de Policía en Bogotá” (tesis de pregrado, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2015), 19. <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41633.pdf>.

²²⁰ Bernal Pulido, “El principio de proporcionalidad”, 741-42.

afirmativa) es innecesaria, porque para lograr el mismo propósito, se tienen otras herramientas que lesionan en menor forma los derechos de quienes resultan afectados.

Respecto a las acciones afirmativas en los concursos, se dirá que para lograr más juezas y jueces existen otros medios, v. g. fortalecer la educación de pregrado, permitir que las personas que no han tenido las mismas oportunidades de vida, accedan a cursos de preparación. Sin embargo, es una realidad latente que vivimos en una sociedad que no distribuye de forma ecuánime los recursos. Así, si alguien tuvo que realizar un préstamo para seguir el pregrado, cuando, se gradué, lo primero que hará, será conseguir los recursos para pagar el crédito, antes que pensar en seguir estudios de cuarto nivel, frente a alguien, que le fueron sufragados sus estudios universitarios, quien tendrá el dinero suficiente para continuar preparándose. En suma, la necesidad implica aplicar un test negativo o de descarte de medidas, hasta quedarnos con la menos perjudicial.

3) Proporcionalado: significa que no se puede acudir al subterfugio de lograr la igualdad en la realidad, inmolando derechos o principios que posean más valor que aquel que se anhela complacer con el tratamiento diferente.²²¹

El subprincipio de proporcionalidad exige que todo órgano con potestad normativa, debe sopesar entre el daño que la orden escogida genera en los derechos de los hombres y el beneficio que se quiere alcanzar. Se tiene que evaluar en función del bien colectivo,²²² de tal forma que, “el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”.²²³

La proporcionalidad aterrizada a las acciones afirmativas, supone que al adoptarlas, el potencial daño o perjuicio que puede generar en una persona concreta, por no ser parte de un grupo discriminado, es menor que el beneficio que con su adopción se genera en el colectivo minusvalorado,²²⁴ el provecho es que habrán más juezas y juezas de distintas etnias, con lo cual gana la colectividad, al removerse las barreras que impiden la ejecución de oportunidades entre todas y todos.

²²¹ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º: C-022/96*, 23 de enero de 1996, 9.

²²² Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la no discriminación arbitraria”, en *Estudios sobre Justicia Constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 155.

²²³ Gaviria, “Sentencias”, 67.

²²⁴ Fabregat, “Las medidas de acción afirmativa”, 51.

2. Sujetos de las acciones afirmativas

Una vez establecido el test de razonabilidad, es necesario, delimitar sobre quienes pueden ser recaer las acciones afirmativas y analizar quienes están obligados a generar aquellas herramientas.

2. 1. Sujeto activo

Cuando nos referimos a las acciones afirmativas, el sujeto activo implica las personas naturales adjudicatarias de estas medidas.

Algunas Constituciones no determinan de forma taxativa las personas o colectivos, que serán titulares de las acciones afirmativas, estableciéndose una suerte de cláusula abierta. En cambio, otras Constituciones si detallan las personas o grupos acreedores de las acciones afirmativas.

Por ejemplo, las acciones afirmativas, en los Estados Unidos de Norteamérica, están dirigidas a las mujeres y a las personas de etnia negra.²²⁵

En el caso ecuatoriano, la Constitución, señala que las acciones afirmativas se adoptarán “en favor de titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”,²²⁶ es decir, que el constituyente estableció la posibilidad, para que cualquiera que forme parte de un grupo que ha sufrido discriminación, sea sujeto de las acciones afirmativas, por ello, no podría decirse que estas medidas, favorecen sólo a las personas que la Constitución los cataloga como “grupos de atención prioritaria”.²²⁷ Tan cierta es esta afirmación, que el reglamento de concursos,²²⁸ al regular las acciones afirmativas, otorga dos puntos adicionales, a quien esté en situación de movilidad, adolezca de alguna discapacidad que no sea un óbice para el ejercicio de la función, viva en zona rural en los últimos cinco años, esté dentro de los quintiles 1 y 2 de pobreza, pertenezca a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, afroecuatoriana o montubia, o sea mujer. Esto significa que, no hace falta ser parte de un grupo de atención prioritaria, para hacerse merecedor a los dos puntos extras en los concursos.

²²⁵ Julio Faúndez, *Acciones afirmativas en el empleo y la ocupación: perspectivas internacionales* (Lima: Defensoría del Pueblo, 2000), 63-8.

²²⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11 numeral dos inciso tercero.

²²⁷ *Ibíd.*, art. 35. Dentro de estos grupos se encuentran las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad, quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, jóvenes, personas en movilidad humana.

²²⁸ Ecuador, Consejo de la Judicatura, *Reglamento de concursos de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social para la selección y designación de servidoras y servidores de la función judicial*, art. 13.

El que no se haga una lista taxativa de las personas acreedoras de las acciones afirmativas, implica que el constituyente es consciente de que el momento en que se expidió la Constitución, pudieron haber otras formas de discriminación invisibilizadas, empero, no se puede perder de vista, que las personas favorecidas, serán aquellas que sean parte de un grupo discriminado, y que este hecho, haya generado “un desigual disfrute de derechos y oportunidades”.²²⁹

Para hacerse acreedor a una acción afirmativa, la persona debe ser parte de un grupo desaventajado.²³⁰ En este aspecto, las mujeres, víctimas de este sistema patriarcal y sexista, constituyen un grupo excluido, lo que ha conllevado a que la Constitución ecuatoriana, contenga varias disposiciones que les hagan acreedoras de tales medidas.²³¹

2. 2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, al referirnos a las acciones afirmativas, engloba a las personas o instituciones obligadas a adoptar tales medidas.

Un acto discriminatorio puede provenir de los poderes públicos o privados, en tal virtud, ambos poderes deben abstenerse no sólo de discriminar, sino de adoptar medidas que combatan la discriminación. En el caso ecuatoriano no tiene asidero, la afirmación, de que en el sector privado, el empleador o el rector de una casa de estudios, las pueda o no adoptar voluntariamente,²³² pues conforme la doctrina del *drittwirkung*, los derechos constitucionales, v. g. la igualdad, la deben respetar no solo el Estado, sino los dominios privados. Esto sirvió, para que la Constitución, al regular la acción de protección, indique que se la puede plantear, frente a una “vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular”.²³³ No sólo eso sino que cualquier poder para avalar la igualdad, debe adoptar acciones afirmativas.

²²⁹ Luz Entrena Vásquez, “Constitución y acciones afirmativas. El sistema de cuotas de participación política de mujeres en Ecuador”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, (Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, Mastergraf, 2005), 16.

²³⁰ Bossuyt, “El concepto”, 4.

²³¹ Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 11 numeral 2) inciso tercero, 65, 70.

²³² Elósegui, “Las acciones afirmativas”, 137.

²³³ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 88.

3. Análisis de las acciones afirmativas previstas en el reglamento sustitutivo de concursos de méritos y oposición para la selección y designación de servidoras y servidores de la Función Judicial a la luz de la Constitución

Antes analizar las acciones afirmativas contempladas en cada uno de los concursos convocados por el CJ, es necesario, esbozar una línea sobre la situación de las mujeres en la función pública, es a ello, lo que apuntan los siguientes acápites.

3. 1. Aproximación contextual de la mujer ecuatoriana en las funciones ejecutiva y legislativa

A excepción de Rosalía Arteaga, que fue presidenta del Ecuador, por seis días, ninguna mujer ha dirigido la Función Ejecutiva. Ella no se mantuvo, por las maniobras políticas del Congreso Nacional y porque las Fuerzas Armadas, no veía con buenos ojos, el que una mujer sea presidenta,²³⁴ cuando constitucionalmente le correspondía.

Sobre el porcentaje de ministras tenemos lo siguiente. En el año 2005,²³⁵ las ministras eran el 13,8 %. En 2015, el Ejecutivo lo integraron 35 Ministerios y Secretarías Nacionales, de ellos, 24 fueron hombres y 11 mujeres, esto es, que las mujeres representaban el 31,42%. En el inicio del gobierno de Guillermo Lasso (2021) considerando que se mantienen los Ministerios y Secretarías Nacionales, que suman 26, los hombres designados fueron 19, mientras que las mujeres eran 7, representando el 26,9 %, es decir, que existió un retroceso, con relación a 2015.

En el caso de las asambleístas desde 1978, tenemos:²³⁶

Tabla 2
Mujeres Asambleístas Ecuatorianas 1978-2021

Año	Número de escaños	Número de mujeres	% de mujeres	% de cuota mínima
1978	69	0	0.00	0
1984	71	3	4.22	0
1988	71	5	7.04	0
1990	72	5	6.97	0
1992	77	4	5.19	0

²³⁴ Rosalía Arteaga, entrevistada por Lara Malvesí Reikiavik, *Diario La Hora*, 1 de diciembre de 2018, 1, <https://www.lahora.com.ec/noticias/rosalia-arteaga-el-lugar-mas-peligroso-para-una-mujer-es-su-propia-casa/>.

²³⁵ Castro Llerena, "Derechos de participación", 56-7.

²³⁶ *Ibíd.*, 61.

1994	72	7	9.72	0
1996	82	5	6.09	0
1998	121	16	13.22	20
2002	100	17	17.00	35
2007	100	26	26.00	45
2009	124	40	32.26	50
2013	137	57	41.60	50
2017	137	54	39.41	50
2021	137	53	38.68	50

Fuente: Catalina Castro Llerena, "Derechos de participación"

Elaboración propia

Con el cuadro descrito, podemos evidenciar, que en el Ecuador ha existido un incremento de mujeres asambleístas desde 1978, que paulatinamente fue creciendo hasta 1996, en donde aún no se establecían cuotas, en esas circunstancias, ellas encarnaban el 6.09% del Congreso. A raíz de la incorporación del sistema de cuotas, el aumento de ellas ha sido notable, llegando a ser cinco veces mayor el porcentaje de asambleístas, con lo cual, habría que ver si en las leyes se ha considerado la perspectiva de las mujeres.

En línea con lo expresado, vemos que, la presencia de más mujeres, no implica que haya más perspectiva de género, pues, habría que recordar que, por ejemplo, quien impulsó el establecimiento del femicidio y de la violencia psicológica como delitos,²³⁷ fue el presidente de la República de ese tiempo (Rafael Correa) quien remitió el proyecto para cambiar el Código Penal de 1938, posteriormente, fue dentro de la Comisión de Justicia, donde se discutió este cuerpo normativo, la cual estuvo compuesta por 5 mujeres y 6 hombres. En cambio, en el caso de ley para combatir la violencia contra las mujeres²³⁸ tenemos que el referido proyecto de ley fue remitido por cinco asambleístas mujeres y por un asambleísta.²³⁹

Aclarando que si bien, esto ha sido una lucha de los colectivos de mujeres, que han visibilizado esta forma de violencia, no es menos cierto, que se necesita del respaldo de alguien en la Asamblea, para que estos temas sean de interés nacional, se

²³⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, arts. 141 y 157.

²³⁸ Ecuador, *Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres*, Registro Oficial 175, 05 de febrero de 2018.

²³⁹ Ecuador Asamblea Nacional, "*Proyecto de Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres*", Asamblea Nacional, accedido 07 de diciembre de 2022, <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>.

debatan en el seno de la Legislatura y posteriormente pasen a convertirse en leyes. En suma, la presencia de las mujeres en la Función Legislativa no avala *per se* la perspectiva de ellas en las leyes, por ejemplo, en el ámbito del derecho laboral, tanto en la temática, cuanto en la discusión en la Asamblea, algunas mujeres poseen una mirada más patriarcal que la de otros hombres.

Sumado, a ello, como se ha indicado, más mujeres en el Parlamento, no asegura el cambio en las reglas de juego, porque “hasta ahora las mujeres no han podido impedir que quienes fijan las reglas sean los hombres”.²⁴⁰

Respecto al proceso electoral de 2019, donde se escogieron a las últimas autoridades provinciales, cantonales y parroquiales; tenemos que, las candidatas para las prefecturas representaron el 16,46%, para las alcaldías el 14,29%, para las concejalías urbanas el 45,86%, para las concejalías rurales el 43,24% y para las juntas parroquiales el 43,93%. En esta contienda se eligieron a 5645 personas, de las cuales, fueron electas 1534 mujeres, que conformaron el 27,17%.²⁴¹ Por otra parte, en las últimas elecciones presidenciales y de asambleístas del año 2021, existió una sola mujer que se postuló para la presidencia, la cual constituyó el 6,25%, el número de mujeres inscritas para ser parlamentarias andinas fue el 57,3%, para asambleístas nacionales el 48,2%, para asambleístas provinciales el 47,3%. En torno a las autoridades electas, se evidencia que, la única mujer que participó no ganó, pues quedó en la novena posición de los dieciséis candidatos, un 60% fueron designadas parlamentarias andinas, un 46,7% asambleístas nacionales y un 37,1% asambleístas provinciales.²⁴² Lo anterior supone que, aunque existan las cuotas y más mujeres se postulen, esto no significa que, resulten vencedoras, aunque en el caso de las elecciones es donde más se han dado las acciones afirmativas, llegando incluso a establecerse que “desde el 2025 todos los binomios presidenciales deberán estar integrados por una mujer y un hombre”.²⁴³

3. 2. Aproximación contextual de la mujer ecuatoriana en la judicatura

²⁴⁰ Alda Facio & Lorena Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, en *Género y Derecho*, edit. Alda Facio & Lorena Fries, (Santiago de Chile: Ediciones La Morada, 1999), 69-0.

²⁴¹ Ecuador Consejo Nacional Electoral, Elecciones Seccionales 2019, *Consejo Nacional Electoral*, 2019, 8,11, <https://www.cne.gob.ec/estadisticas/publicaciones/>.

²⁴² Ecuador Consejo Nacional Electoral, Elecciones Generales 2021, *Consejo Nacional Electoral*, 2021, 23-4. <https://www.cne.gob.ec/estadisticas/publicaciones/>.

²⁴³ Juanita Berzosa Webster, “Las mujeres como candidatas en los procesos electorales en Ecuador desde el retorno a la democracia, a propósito de las elecciones de 2021”, *Boletín Académico, Sociología y Política Hoy*, n.º 5 (2021): 113, <https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/hoy/article/view/3252>.

El origen de las acciones afirmativas, en favor de las mujeres, en nuestro país, la hallamos en la Ley de Amparo Laboral de la Mujer,²⁴⁴ mediante la cual, se reformó el Código del Trabajo, para instar a las empleadoras, a contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras, sin establecer la cantidad.²⁴⁵ Además, el Art. 3 de la referida ley, al numeral 10 del Art. 23 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, le agregó un párrafo, donde se indicaba que en las Cortes Superiores y en los juzgados se debería tener un veinte por ciento como mínimo de juezas.²⁴⁶

Esa última disposición infraconstitucional que viabilizaba las cuotas en el ámbito judicial, fue necesaria incorporarla a la Constitución de 1998, por ello, se estableció que: “El Estado promoverá y garantizará la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos”.²⁴⁷

Apelando a la historia, tenemos que en la Corte Suprema de 1997, de 31 puestos, solo dos mujeres fueron juezas: Mariana Yépez y Mariana Argudo Chejín. En la Corte de 2005 hubo seis juezas, entre ellas Pilar Sacoto y Ana Isabel Abril, y gracias a ellas, la Corte Suprema, conformada en su mayoría por hombres, terminó por asentir la paridad de género que estaba prevista constitucionalmente, de esa forma, se incorporaron más juezas a las Cortes Superiores.²⁴⁸

La primera decisión emitida sobre acciones afirmativas, por el Tribunal Constitucional, fue la No. 030-2006-TC, que en lo medular estableció: “[...] La Constitución [...] prevé la posibilidad de establecer medidas diferenciadoras de carácter positivo, en beneficio de personas o grupos de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad. En definitiva nuestro orden constitucional prohíbe el discrimen y alienta medidas afirmativas o afirmativas [...] a favor de personas o grupos que se encuentran en situación de desventaja por diferentes motivos”,²⁴⁹ resolución que se dio, cuando aún estaba vigente la Constitución de 1998.

²⁴⁴ Ecuador, *Ley de Amparo Laboral de la Mujer*, Registro Oficial 124, 6 de febrero de 1997, art. 1.

²⁴⁵ Ecuador, *Código del Trabajo*, art. 41.

²⁴⁶ Bermúdez, “Hacia la igualdad”, 6.

²⁴⁷ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 102.

²⁴⁸ Vinuesa, “Historia de mujeres ecuatorianas”, 93-4.

²⁴⁹ Sentencia citada por Salgado, “Lidiando con la diferencia” 505.

Posteriormente, fueron aprobadas las Políticas Administrativas de la Corte Suprema,²⁵⁰ donde recomendaba al CJ, que haga efectiva la garantía de nombramiento del 20% de mujeres en la Función Judicial y la preferencia de ellas cuando empataban con los hombres,²⁵¹ esto implicó, que las mujeres pasen a ocupar cargos de mayor jerarquía, empezando a ser visibilizadas porque se iban nombrando a más juezas.

Se debe considerar que el hecho de ser hombre o ser mujer, no implica por sí solo, la calidad en las actividades que desempeñemos, es decir, que no porque sea una sentencia elaborada por una jueza, eso significa, que sea mejor que la de un juez, pues, si ellas no han obtenido el tiempo suficiente para prepararse, les va a tomar tiempo, que sus sentencias sean de inestimable calidad. Esto sumado al hecho de que, si ellas se educaron dentro de una sociedad que discriminó, lo más probable es que en sus decisiones repliquen esas posturas, pues “cuando tienen poder, las mujeres lo ejercen conforme al modelo que han aprendido, el modelo patriarcal”;²⁵² al contrario, pueden haber jueces que elaboren mejores sentencias que las juezas, es decir, que todo va a depender de la mujer y el hombre que esté en la judicatura.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) al desarrollar los concursos de méritos y oposición para la designación de las máximas autoridades de la Fiscalía General del Estado, Defensoría Pública, Defensoría del Pueblo, Contraloría General del Estado, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo Nacional Electoral, incluyó las acciones afirmativas. Por ejemplo, el reglamento del concurso para Fiscal General, indicaba que cada acción afirmativa, será calificada con un punto, acumulables hasta dos puntos, a las personas que estén dentro de los siguientes supuestos: “**a**) ecuatoriana o ecuatoriano en situación de movilidad, **b**) con discapacidad, **c**) con domicilio en una zona rural, **d**) estar dentro los quintiles uno y dos de pobreza; y, **e**) ser menor de 30 o mayor de 65 años al momento de la postulación”.²⁵³

Las categorías por las cuales las personas obtenían un puntaje extra, fueron trasladadas a los concursos para juezas y jueces, con excepción de la establecida en el

²⁵⁰ Ecuador Corte Suprema de Justicia, *Políticas Generales para que sean aplicadas por el Consejo de la Judicatura*, Registro Oficial 89, 22 de mayo de 2007, art. 2 numeral 6.

²⁵¹ Vinuesa, “Historia de mujeres ecuatorianas”, 94.

²⁵² Jenny Quirós, “Mujeres juezas: ¿Justicia con rostro humano o justicia con rostro de hombre?”, en *Pensamiento Jurídico Feminista, Deconstruir el derecho, repensar el mundo*, coord. Rosaura Chinchilla, (San José: Investigaciones Jurídicas, 2004), 100.

²⁵³ Ecuador, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, *Reglamento del concurso de méritos y oposición para la selección y designación de la primera autoridad de la Fiscalía*, Registro Oficial 345, 21 de diciembre de 2010, art. 19.

literal e, esto en contraposición a lo previsto en la Constitución²⁵⁴ que los cataloga a los jóvenes y a los adultos mayores, como grupos de atención prioritaria.

La única condición que ha tenido una fuerte entrada y carta de aceptación en el ámbito laboral²⁵⁵ y en el servicio público,²⁵⁶ es el tema de las capacidades especiales.

De otro lado, se debe indicar que según la Ley Orgánica de Movilidad Humana, una persona en aquella situación de movilidad, es quien “de forma voluntaria o forzada, se moviliza de un Estado a otro con el ánimo de residir o establecerse de manera temporal o definitiva en él”²⁵⁷, sin embargo, se debe meditar que los puntos adicionales se dan solo cuando se trata de una persona ecuatoriana en aquel contexto, como se sabe, existen muchas ecuatorianas y ecuatorianos que han tenido que emigrar hacia otros países, constituyendo según los últimos datos en el 6,85 % de la población ecuatoriana;²⁵⁸ esta salida obedece a la falta de oportunidades laborales, siendo en su mayor parte, personas de zonas rurales que no han accedido a una educación de tercer nivel, quienes para costearse ese viaje, adquieren una deuda, entonces, cuando lleguen a su destino y comiencen a ocuparse, en lo primero que van a pensar, es ver cómo van a pagar su obligación, antes que participar en un concurso.

En similar situación están las personas que residen en la zona rural, que al año 2020 representaban el 35,83% de la población ecuatoriana,²⁵⁹ así, les den puntuación añadida, ellas van a tener otras prelación, pues, el hecho de haber obtenido el título de abogado es ya bastante, empero, en la práctica esta persona no va a tener posibilidades reales de poder ajustar el resto de requisitos.

Cosa parecida acontece con quienes se hallen en los quintiles uno y dos de pobreza, porque, si una persona llegó a ser abogada, habría que preguntarse ¿Cómo lo logró si estuvo en una situación de extrema pobreza? quizá le dieron algún beca. La otra cuestión es ¿Si ya es abogado, porque continúa dentro de los referidos quintiles? pues, se entendería que se educó para formar parte de la población económicamente activa y no para seguir siendo pobre, aunque, es complicado para alguien que recién se gradúa conseguir un trabajo fijo de forma inmediata.

²⁵⁴ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 35.

²⁵⁵ Ecuador, *Código del Trabajo*, art. 42 y primero innumerado, agregado luego del art. 346.

²⁵⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 64.

²⁵⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, Registro Oficial 938, 06 de febrero de 2017, art. 3.

²⁵⁸ Ecuador, <https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/emigracion/ecuador>, accedido 07 de diciembre de 2022.

²⁵⁹ Index Mundi, “Población rural en Ecuador”, accedido 28 de noviembre de 2022, <https://www.indexmundi.com/es/datos/ecuador/poblaci%C3%B3n-rural>.

En definitiva parece, que el otorgamiento de puntos extras a esta clase de grupos, se lo realizó sin un mayor análisis, pues *so pretexto*, de querer ser más inclusivos, solo se otorgan puntos, empero, no se plantean situaciones, como es la generación de más becas para las personas que viven en zonas rurales, que son de escasos recursos económicos, para que de esta forma no tenga que emigrar, o porque no sea dan el puntaje extra en el momento de dar los exámenes para el ingreso a las universidades, para desde ahí comenzar a equiparar la situación desigual de las personas.

Las acciones afirmativas descritas se basan en las recomendaciones del Comité de la CEDAW, las cuales permiten a los Estados, la inclusión de medidas específicas transitorias para que las mujeres formen parte en los distintos ámbitos de la vida privada y pública.²⁶⁰ En otras palabras, los Estados están obligados a mejorar la situación de la mujer promoviendo políticas eficaces,²⁶¹ uno de ellas, son las acciones afirmativas.

La razón que justifica el tema escogido en esta investigación, radica en asumir que la judicatura, es decir, la actividad que realizan juezas o jueces, sigue siendo un espacio privilegiado para los hombres. De otro lado, sí, la Función Judicial se compone por hombres y mujeres en similares porcentajes, esto hace que las decisiones que se adopten sean más variadas y que sean acogidas las experiencias y los planteamientos de las mujeres diversas, con lo cual, termina ganando toda la sociedad.²⁶²

La interrogante planteada sería ¿Las acciones afirmativas son viables según nuestra Constitución, y de ser así, puede el CJ como máximo organizador de los concursos de juezas y jueces, conceder un trato privilegiado para el referido cargo, considerando sólo el hecho de ser mujer?

Frente a esta pregunta, la respuesta es que las acciones afirmativas, incluidas las cuotas y los tratos preferenciales, constan en la Constitución, por lo tanto, es posible que el CJ considere el sexo de las personas, al emitir sus reglamentos, no para marginar a las mujeres, ni para eternizar desigualdades, sino para lograr una sociedad más equitativa, pues uno de los elementos de tales acciones es la temporalidad, esto significa, que cuando se alcance la paridad de los sexos en la judicatura, éstas medidas deberán cesar.

²⁶⁰ ONU Comité de la CEDAW, *Recomendación General No. 05: Medidas especiales temporales*, 1988, párr. 2. <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² Paola Bergallo, “¿Un techo de cristal en el poder judicial? Selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires”, en *El derecho a la igualdad*, coord. Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, (Buenos Aires: LexisNexis, 2007), 375-6.

Así, si el CJ emite el reglamento que regula los concursos para acceder a un puesto de la carrera jurisdiccional, no debe discriminar y tiene que dar a todas las personas que se encuentran bajo el mismo supuesto un trato equivalente, pero, al mismo tiempo, si pueden diferenciar, estableciendo acciones afirmativas, en favor de los titulares de colectivos que han sido excluidos, siempre que ese trato diferenciado sea adecuado, necesario y proporcional.

La Constitución de Ecuador de 2008, es la primera en el continente americano, que insta al Estado a tomar acciones afirmativas en beneficio de las personas y pueblos históricamente discriminados.²⁶³ La acción afirmativa es una política pública constitucional obligatoria, que debe considerarse, como lo ha hecho el CJ.

Al admitir aquellas medidas, el Estado reconoce que las estructuras de la sociedad están marcadas por la inequidad, eso ha hecho que los hombres estén por sobre las mujeres. En este aspecto, el rol del Estado debe ser activo, combatiendo la desigualdad y no permaneciendo impávido frente a lo que pasa en la realidad.²⁶⁴

Asimismo, la Constitución ecuatoriana, no sólo contempla tales herramientas, cuando determina que: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados”,²⁶⁵ coligiendo que se establecerán estas medidas para hacer efectivos los derechos de participación, entre ellos, el derecho “a desempeñar empleos y funciones públicas, con criterios de equidad y paridad de género”,²⁶⁶ sino que crea la institucionalidad adecuada para ello. Estas instituciones son los Consejos de Igualdad, que a más de tener un origen constitucional²⁶⁷ han sido desarrollados en la legislación infra constitucional.²⁶⁸

Está claro que para lograr la igualdad material, las autoridades deben optar por las acciones afirmativas. Esto supone: **a)** aceptar que las diferencias deben tolerarse, ya que eso permite tener una pluralidad dentro de la sociedad, y un conglomerado que admite lo diverso, se convierte en más democrático; **b)** que el tratamiento distinto

²⁶³ Catherine Walsh, “Acción afirmativa en perspectiva afrorreparativa”, en *Pueblos afrodescendientes y derechos humanos: de reconocimiento a las acciones afirmativas*, ed. Viviana Pila, Jhon Antón Sánchez y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2011), 198.

²⁶⁴ Salgado, “Discriminación y acciones afirmativas”, 24.

²⁶⁵ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 65 inciso segundo.

²⁶⁶ *Ibíd.*, art. 61 numeral 7.

²⁶⁷ *Ibíd.*, art. 156.

²⁶⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad*, Registro Oficial 283, 07 de julio de 2014.

aventaje a quienes se hallen temporal o permanentemente en contexto de desigualdad; y, c) que los beneficios sean razonables y no arbitrarios.²⁶⁹

Por lo dicho, es obligación estatal la inclusión en su legislación, de disposiciones que permitan adoptar las acciones afirmativas;²⁷⁰ cosa que ocurre en Ecuador, pues tales acciones están en la Constitución, en leyes y en reglamentos.

Las acciones afirmativas traen más beneficios que perjuicios, por ello, en América han sido aceptadas, básicamente por tres razones: **a)** porque aunque exista una proporción entre la cantidad de hombres y mujeres, sin embargo, a nivel de cargos decisorios, no se ve ese equilibrio; **b)** ya que persiste la discriminación estructural hacia la mujer; y, **c)** porque es fundamental ingeniarse medidas que permitan que ellas tengan mayor representación en los altos cargos, lo cual va a generar una transformación en la forma de pensamiento de la sociedad, en el sentido, de que las mujeres poseen la misma preparación que los varones.²⁷¹

Respecto a los concursos para la función pública, se valora el sexo femenino, la etnia, la discapacidad, etc., a los cuales se les da una puntuación,²⁷² por ello, desde el acceso a los concursos, en nuestro caso, se otorgan acciones afirmativas a las mujeres, para que tengan iguales y reales oportunidades que los hombres.

Como conclusión de este apartado, diremos: **1)** en el Ecuador la representación de juezas presenta una situación real y concreta de discriminación hacia ellas, así, acorde los datos proporcionados, se tiene que en el año 2011, habían 932 Jueces y 220 Juezas, es decir, las mujeres eran el 19,097%;²⁷³ **2)** frente a esta realidad, incrementar el porcentaje de juezas es una medida adecuada, necesaria y proporcional para alcanzar la paridad en la judicatura; y, **3)** la temporalidad de la acción está supeditada a que cuando se alcance el equilibrio entre juezas y jueces, la medida tenga que acabar.²⁷⁴

3. 3. Concurso de méritos y oposición para el cargo de juezas y jueces, dentro del período: julio 2011-abril 2013

²⁶⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia” en caso No. 0005-08-AN, 02 de abril de 2009, 26-27, en <http://www.corteconstitucional.gob.ec>.

²⁷⁰ ONU Comité de la CEDAW, “Recomendación General No. 25”, párr. 31.

²⁷¹ Gaviria, “Sentencias”, 124.

²⁷² Jhon Antón Sánchez, “Afroecuatorianos: reparaciones y acciones afirmativas”, en *Pueblos afrodescendientes y derechos humanos: de reconocimiento a las acciones afirmativas*, ed. Viviana Pila, Jhon Antón Sánchez y Danilo Caicedo (Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2011), 337.

²⁷³ Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, correo electrónico al autor, 24 de abril de 2018.

²⁷⁴ Salgado, “Derechos humanos y género”, 130.

El ingreso al servicio público puede revestir varias formas. Así, un dignatario de elección popular accede al cargo, cuando triunfa en una contienda electoral. Otra situación ocurre cuando es un puesto de libre nombramiento y remoción. En el caso de la judicatura, antes, el Congreso Nacional nombraba a las magistradas y magistrados de la Corte Suprema, luego, los mismos operadores al producirse una vacante, eran quienes seleccionaban a las personas que debían ocupar esos puestos, lo mismo pasaba con las juezas y jueces de las Cortes Superiores, quienes nominaban a sus propios conjueces, con ello, resultaba complicado el acceso a esos puestos, ya que *so pretexto* del “acceso notabliario a la magistratura”²⁷⁵ ingresaban quienes habían desempeñado otros cargos y tenían una conocida trayectoria, que en su mayoría eran hombres.

Cuando entra en vigencia, la Constitución de 2008, se contempla que para ingresar a la Función Judicial se debe superar un concurso²⁷⁶ lo cual, se replica en la legislación,²⁷⁷ por lo que, esta forma de designación —concurso— resulta ser la más democrática, para que en teoría puedan participar quienes cumplan los requisitos y ya no sean nombrados solo los “notables”.

El concurso es un procedimiento comprendido por fases, donde se valoran distintos requisitos que deben reunir quienes opten por terciar para un cargo. Dentro de los parámetros, que dan puntos, están los estudios realizados, las capacitaciones, las publicaciones, entre otros, conforme la finalidad del mismo, sumadas las calificaciones que obtengan en las pruebas de este proceso, comprendiendo que al final ganarán quienes obtengan los mejores puntajes, lo cual, les servirá para ser declarados ganadores y ser posesionados en la función.²⁷⁸

El concurso es un proceso apto para acceder y llenar las vacantes en la administración pública, dentro de ellos, para la función de juezas y jueces. Se llama de méritos y oposición, porque primero se otorgan puntos en base a las condiciones de formación académica y laboral del candidato; luego, se da la oposición, consistente en la aplicación de las pruebas escritas y orales que deben rendir los aspirantes.

El concurso inicia con la convocatoria, esto es, el llamado que hace el CJ para incorporarse a la función de juezas y jueces, donde se detallan los requisitos que deben

²⁷⁵ Miguel Herrera, La designación de jueces en Ecuador: en búsqueda de una nueva legitimidad, *Íconos Revista de Ciencias Sociales*, n.º 72 (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, 2022): 133, <https://doi.org/10.17141/iconos.72.2022.4787>.

²⁷⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 170, 176, 183, 228.

²⁷⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, arts. 36,52.

²⁷⁸ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia” en juicio No. C-040/95, 9 de febrero de 1995, 1, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

completar los postulantes que se deseen participar. Después, vienen las fases propias del concurso, que conforme el respectivo reglamento eran: “**a)** verificación de idoneidad; **b)** méritos; **c)** oposición; y, **d)** curso de formación inicial”.²⁷⁹

La etapa de verificación de idoneidad se subdivide en: **a)** idoneidad legal: se refiere al acatamiento de requisitos mínimos (cédula, certificado de votación, título de abogada o abogado, certificados laborales) y la declaración juramentada, donde se indica que no está inmerso dentro de las prohibiciones establecidas en el COFJ y en la LOSEP; **b)** idoneidad moral: es el reclamo que se hace en contra de las o los postulantes que incumplen los requisitos, de darse paso a la impugnación hecha por cualquier ciudadano, el concursante es separado; y, **c)** idoneidad psicológica: hace relación a los test psicológicos y entrevista, que los postulantes deben cumplir, este tipo de pruebas tienen como fin comprobar si el aspirante presenta o no alguna afectación psicológica, que constituya un óbice para cumplir sus funciones, sí, presenta esa alteración, entonces, saldrá del concurso. Esta fase también conocida como reclutamiento sirve para fijar quienes cumplen los requisitos y condiciones exigidos.

La fase de méritos comprende la concesión de puntos, a los ítems que se consideran en el reglamento, decoros que se da a quienes sortearon la fase anterior. Para el otorgamiento de puntos, se consideran las siguientes categorías: experiencia laboral o profesional, educación formal adicional al tercer nivel, capacitación recibida e impartida y publicaciones.

En esta etapa, se confieren acciones afirmativas, consistentes en el otorgamiento de dos puntos, acumulables hasta un máximo de cuatro, a quienes estén dentro de los casos previstos en el Art. 13 del reglamento de concursos.

Como puede verificarse es a raíz de los concursos para juezas y jueces, que se agrega la categoría de mujer, para la adjudicación de puntos, pues, en los concursos convocados por el CPCCS no se consideraba el ser mujer, para ser beneficiaria de las acciones afirmativas. Además, se debe pensar, que si la postulante es afroecuatoriana, tiene cuatro puntos, dos por ser mujer y dos por ser de aquella etnia, es decir, se verifica la interseccionalidad, que la analizaremos después.

Luego, sigue la fase de oposición, que abarca tres tipos de pruebas: **a)** teóricas: examen de 50 preguntas de opción múltiple, seleccionadas de forma aleatoria y automática del respectivo banco; **b)** prácticas: son evaluadas, mediante un simulacro de

²⁷⁹ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Reglamento de concursos de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social, de la función judicial*, art. 15.

audiencia, en función del cargo postulado, casos que constan en un banco, para la calificación se ve la manera en que el postulante resuelve el caso propuesto; y, c) relación motivada: se valoran las razones por las cuales el aspirante desea ingresar en la Función Judicial. Por medio de estos exámenes se busca que el candidato acredite estar preparado para el cargo que escogió.

Con la adopción del COFJ, se incluyó la última etapa del concurso, el curso de formación inicial, para quienes una vez superadas las tres fases anteriores, han obtenido el puntaje mínimo requerido, que varía en función del concurso, oscilando entre 70 y 80 puntos sobre un total de 100. En este curso se dan las herramientas necesarias, a las personas participantes para que cuando sean nombradas, sus decisiones sean acorde al ordenamiento jurídico y sepan la función que van a cumplir. Es un curso práctico, que es calificado sobre 20 puntos, y quienes no obtengan el ochenta por ciento de la calificación, no lo aprueban, y por ende, ya no podrán seguir en el concurso.

Con los resultados definitivos se presenta el informe con la lista de postulantes hombres y otra lista de postulantes mujeres en riguroso orden de calificación.

Consideramos que el concurso es el mecanismo más idóneo al momento de otorgar un puesto, ya que no serán más un órgano político (Congreso Nacional) o la misma entidad (Corte Suprema) los que terminen designando, en especial, a las juezas y jueces de la Alta Corte, sin embargo, el reglamento se vuelve subjetivo, cuando asigna una puntuación a la relación motivada, pues, para una persona que la califica puede merecer un uno y para otra un diez, lo cual, no exterioriza necesariamente el grado de dominio que sobre la materia acredita el aspirante.

Asimismo, el reglamento sigue dando puntos a quien posea más certificados y capacitación, sin considerar que las mujeres por tener que permanecer más tiempo en su casa, no pueden prepararse, no se considera como una forma de concesión de puntos, las labores no retribuidas del hogar que puede desempeñar una abogada, luego de graduarse. Alguien dirá, que tiene que ver eso con el ejercicio de la judicatura, sin embargo, como actividad humana, requiere del desarrollo de capacidades de planificación, sentido común, relacionamiento social, cuestiones que las desarrollan más las mujeres. No puede ser que “el pensamiento sea más importante que el sentimiento; o

que la razón tenga prioridad sobre la emoción”,²⁸⁰ pues, si el derecho no ha tomado en cuenta el ámbito doméstico, entonces, se origina la sumisión de ellas.²⁸¹

A. Concursos convocados por el CJ Transitorio y por el CJ definitivo para el cargo de juezas y jueces

Siendo la Administración de Justicia, un reflejo de lo que pasa en la sociedad, es que no ha logrado aún la paridad entre juezas y jueces.²⁸² Así, sí estamos en una sociedad que pregona el machismo y donde aún persiste la visión de que un hombre debe dirigir los destinos del país, entonces, esto implica que sea mejor visto que un hombre sea designado juez a pesar de que las mujeres tengan las capacidades para asumir ese cargo.

Para contrarrestar aquello, han sido pensadas las acciones afirmativas, cuyo objetivo es aumentar el número de juezas,²⁸³ debido a que ellas han debido bregar contra la discriminación sufrida y concientizar a toda la sociedad que es fundamental lograr un equilibrio de las mujeres respecto a los hombres en los juzgados.²⁸⁴

Para evaluar si un programa de acción afirmativa, resulta adecuado se han esgrimido dos criterios: **a)** centra su atención en los propósitos perseguidos por dicho programa; y, **b)** pone énfasis en la conexidad entre ese programa y sus fines.²⁸⁵

En nuestro caso, vemos que el objetivo de establecer acciones afirmativas, parte de reconocer que la brecha entre hombres y mujeres en los puestos jurisdiccionales persiste, por ello, se ha expresado que en “América Latina el poder judicial es también un ámbito predominantemente masculino”,²⁸⁶ eso atenta contra la igualdad material, por lo que, si adoptamos esas medidas, aparte de cumplir, con aquella igualdad, vamos a visibilizar en mayor medida, el papel que las mujeres desempeñan en la colectividad. Sí, trasladamos esas acciones a los concursos, entonces, propenderemos a que más mujeres participen, a que de alguna forma se equiparen en la puntuación con los hombres y a

²⁸⁰ Frances Olsen. “El sexo del derecho”, en *El género en el derecho: ensayos críticos*, edit. Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, (Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2009), 139.

²⁸¹ *Ibíd.*, 149.

²⁸² Doris Arias, “Transversalidad”, 91.

²⁸³ Bergallo, “Un techo de cristal”, 413.

²⁸⁴ Vinuesa, “Historia de mujeres ecuatorianas”, 93-4.

²⁸⁵ Rodríguez, “Igualdad, democracia y acciones afirmativas”, 627.

²⁸⁶ CEPAL, *Informe Anual 2012: Los bonos en la mira, aporte y carga para las mujeres*, (Santiago de Chile: Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe, 2012), 34.

que finalmente triunfen, estableciendo una relación de causalidad entre el programa adoptado (acciones afirmativas) y los fines buscados (sociedad igualitaria e inclusiva).

B. Concurso para juezas y jueces de la Corte Nacional

El Art. 202 de la Constitución de 1998, regulaba el método de cooptación, mediante el cual, si se producía una vacante en la Corte Suprema, se reunía el Pleno y designaba directamente al nuevo magistrado, para lo cual se necesitaba el respaldo de los dos tercios de las juezas y jueces de la Alta Corte. Como la Constitución de 2008, ya no contemplaba la cooptación, sino el concurso de méritos, el 24 de agosto de 2011, el CJ Transitorio, convocó a concurso para ser jueza o juez de la CNJ.

Aunque el instructivo del concurso, no contempló expresamente acciones afirmativas en favor de ningún grupo, como era la concesión de puntos adicionales, no obstante, si se consideró el reglamento de concursos, expedido por el CJ,²⁸⁷ donde en la etapa de méritos se entregaba dos puntos a las mujeres. Asimismo, este instructivo previó como “medida de promoción de la igualdad, la paridad entre hombres y mujeres al momento de la designación de juezas y jueces”.²⁸⁸ Por eso, una vez terminada la fase de oposición, se debían hacer dos listados diferenciados entre hombres y mujeres²⁸⁹ con lo cual se propendía a la paridad.

Este concurso fue calificado sobre 100, los méritos tuvieron un valor de 30 y la fase de oposición era sobre 70 puntos.

Para la concesión de valores en la fase de méritos, fueron considerados los siguientes ítems: **a)** máximo 15 puntos por experiencia laboral, divididos en: **a1)** 10 puntos por experiencia laboral general; y, **a2)** máximo 5 puntos por evaluación de la calidad de los fallos cuando provenía de la carrera judicial, o de la intervención profesional en el caso de libre ejercicio, o de evaluación afirmativa al ser docente universitario, o del ejercicio laboral cuando eran funcionarias y funcionarios judiciales; **b)** 8 puntos como máximo, por estudios de cuarto nivel; **c)** máximo 2 puntos por capacitaciones recibidas; **d)** 2 puntos como techo por capacitaciones impartidas; y, **e)** máximo 3 puntos por publicaciones.

²⁸⁷ Ecuador, Consejo de la Judicatura, *Reglamento de concursos de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social, de la función judicial*, art. 13 literal f.

²⁸⁸ Ecuador, Consejo de la Judicatura, *Instructivo para el concurso de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social, para la selección y designación de juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia*, Registro Oficial 539, 25 de agosto de 2011, art. 2.

²⁸⁹ *Ibíd.*, art. 29.

La fase de oposición consistía en 3 pruebas: **a)** teórica con un valor máximo de 30 puntos, contenía 100 preguntas de opción múltiple, que eran seleccionadas de forma aleatoria y automática del respectivo banco; **b)** práctica con una calificación máxima de 30 puntos, que consistía en un simulacro de audiencia; y, **c)** audiencia pública sobre un tope de 10 puntos, en donde los postulantes indicaban de manera oral la justificación del porque aspiraban a la judicatura.

Este concurso contemplaba evaluaciones psicológicas. En el caso de que algún postulante no lo superara, era automáticamente excluido del concurso.

Para el concurso se postularon 666 personas, superaron la idoneidad legal (requisitos mínimos) 397, una vez realizadas las pruebas psicológicas, quedaron 352 personas, de las cuales 334, presentaron sus documentos y les fueron calificados sus méritos; de ellas, 280 eran hombres y 54 mujeres, el promedio de méritos para los hombres fue de 18,19/30 y el de las mujeres 20,56/30.²⁹⁰ De lo anterior, podemos colegir, que las mujeres tuvieron un promedio más alto en los méritos, debido a los dos puntos que se les dieron por ser mujeres, con ello, se las compensó por la discriminación sufrida, en el punto de partida, pues luego de los méritos, vendrán las pruebas que serán las que decreten a las personas ganadoras, ya que los méritos tan sólo representan el 30% de un global de 100 puntos.

Aunque este concurso fue convocado para 21 vacantes, al final quedaron 64 personas (45 hombres y 19 mujeres). Las 21 mejores personas puntuadas eran: 13 hombres y 8 mujeres, sin embargo, por cuanto, en el instructivo se establecía que se promovería la paridad, fue que el varón que figuraba en la lista de hombres, en el puesto décimo tercero, tuvo que ceder el paso a la mujer que se encontraba novena en la lista de ellas. De esta forma, la primera CNJ quedó conformada por 9 juezas y 12 jueces.

Haciendo un recorrido histórico tenemos que la Corte Suprema estuvo integrada por 31 miembros. En 1997 sólo había 2 magistradas, entre el 2000 y 2004 no hubo magistradas. En 2005 existieron 6 magistradas, cifra que bajó en 2008 a 5. En cambio, en el concurso para la CNJ, en donde los integrantes bajaron a 21, se eligieron 9 juezas y 12 jueces,²⁹¹ esto demuestra un crecimiento cuantitativo en el rol de juezas de la CNJ, que va desde un porcentaje del 6,45 % en 1997 hasta el 42, 857% en 2012. No sólo eso,

²⁹⁰ Para sacar los promedios, se fue separando de los 334 postulantes que calificaron en méritos, a los 280 hombres y a las 54 mujeres, se sumaron los promedios de cada sexo y se dividió para 280 y 54 respectivamente, estos datos fueron tomados de: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/49-concurso-corte-nacional-de-justicia/216-items-informativos>.

²⁹¹ Castro Llerena, "Derechos de participación", 67.

sino que se dio “la selección de la primera jueza de nacionalidad indígena”²⁹² cosa que no ha ocurrido en los posteriores concursos para la CNJ.

El incremento de la presencia femenina se debe a la normativa utilizada por el CJ, en donde se incorporaron acciones afirmativas en el punto de partida (dos puntos adicionales) y en el punto de llegada (preferencia automática de ellas en caso de empate, con ellos) situación esta última que no pasó. Además, se agregó el principio de la paridad. Todo esto permitió, la incorporación a la Corte de más del doble de mujeres, respecto a las anteriores composiciones, con ello, se cumplió el objetivo perseguido por las acciones afirmativas, que era tener más juezas, un hecho inédito en Ecuador.

Organismos internacionales sostuvieron que en el concurso para la conformación de la CNJ, con la finalidad de cumplir la paridad de género, las mujeres como acción afirmativa obtuvieron 2 puntos extras.²⁹³ Esto fue trasladado al reglamento,²⁹⁴ en donde se indica que de los 21 cargos en disputa, ningún sexo puede ocupar más del 60%, esto implica, que máximo el número de jueces debería corresponder a ese porcentaje, al igual que en el caso de las juezas; asimismo, en esta norma se estableció la elección automática de ellas en los términos planteados en el párrafo anterior.

A pesar de ello, el reglamento, acogió el fenómeno de la sobregeneralización, el cual “ocurre cuando un estudio analiza la conducta del sexo masculino y presenta los resultados de este estudio como válidos para ambos sexos”.²⁹⁵ Esto se evidencia, cuando en la fase de méritos, que alcanzan 15 puntos, se otorgan valores por experiencia laboral, docencia universitaria, estudios de cuarto nivel, capacitaciones y publicaciones, parámetros que en mayor medida, lo cumplen los hombres, en detrimento de algunas mujeres, que a lo sumo han podido obtener un título universitario, y que luego no han podido enrolarse laboralmente, por lo cual, no encajan dentro de los ítems puntuables, cuando bien se les podía dar una calificación, que corra luego de haberse graduado, cuando no han ejercido la profesión, sin embargo, el derecho les asimila a ellas como si fueran hombres, desechando sus características específicas. Es más, la misma Constitución²⁹⁶ prescribe que para ser jueza o juez de la CNJ se requiere tener una experiencia laboral de mínimo 10 años, lo cual es cumplido en mayor medida por ellos.

²⁹² Miguel Herrera, “La designación de jueces”, 131.

²⁹³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “*Examen de los informes presentados*” párrafo 130.

²⁹⁴ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Reglamento de concursos de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social, de la función judicial*, art. 51 inciso segundo.

²⁹⁵ Facio, “Metodología”, 205.

²⁹⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 183 numeral 3.

En este concurso no se aplicó el test de razonabilidad, pues, en los considerandos del instructivo, solo se establecían las normas legales por las cuales se debía llamar a concurso, cuando era obvio que con la adopción de las acciones afirmativas, se perseguía un fin legítimo, como era el hecho de alcanzar la igualdad material entre las mujeres y hombres participantes.

Incluso, en el art. 2 del instructivo, que regulaba los principios, no constaba la igualdad, tampoco, se determinaban el puntaje adicional por ser mujer, ni mucho menos la preferencia automática de ellas, en caso de empate con ellos, empero, si se consideró el reglamento general de concursos para la concesión de tales acciones afirmativas. No se efectuó una situación de descarte, de porque era necesario implantar aquellas medidas y porque éstas resultaban proporcionales, en vista de que aún no se lograba la equiparación entre mujeres y hombres; lo cual hubiera sido beneficioso que el instructivo lo establezca.

Más bien, llama la atención de porque el momento de la designación de las juezas y jueces de la CNJ, se haya nombrado a 13 hombres y 8 mujeres, sin explicar cuál fue el motivo para tomar esa decisión, cuando lo correcto, era que si habían listas separadas de aspirantes, aplicando el test de razonabilidad, propendiendo a la igualdad material, verificando que era una medida necesaria y proporcional, se termine eligiendo, porque no, a 11 mujeres y a 10 hombres.

C. Concurso para 101 cargos de juezas y jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y de Contravenciones

El 13 de noviembre de 2011, el CJ convocó a concurso para llenar 101 cargos de juezas y jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y de Contravenciones.

El instructivo del concurso²⁹⁷ estableció acciones afirmativas en beneficio de algunos grupos, entre los cuales, constaban las mujeres. Estas medidas consistían en el otorgamiento de dos puntos, acumulables hasta cuatro, ya que si era una mujer indígena recibía cuatro puntos, dos por ser mujer y dos por ser de una nacionalidad indígena.

Este concurso fue calificado sobre 100 y estuvo dividido de la siguiente forma: 15 puntos valían los méritos, 65 la fase de oposición y 20 puntos el curso de formación

²⁹⁷ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Instructivo para los concursos de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social, para la selección y designación de Juezas y Jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia y juezas y jueces de contravenciones a nivel nacional*, art. 37, literal f.

inicial. Esto marca una diferencia con el concurso para la CNJ, en el cual, las personas ganadoras, no deberán someterse a aquel curso, conforme lo establecía el reglamento.²⁹⁸

Antes de calificar los méritos, se procedía a verificar la idoneidad legal, psicológica y ciudadana de las y los aspirantes. De tal forma que, sólo las personas postulantes que cumplían esas condiciones mínimas (idoneidad legal) se les tomaba una prueba y entrevista psicológica, que de no superarlas, salían del concurso. A la par, se sustanciaban las impugnaciones ciudadanas presentadas en contra de las y los postulantes, lo cual no suspendía las pruebas psicológicas. Recién, a las personas que sorteaban estas idoneidades, se les sumaban sus méritos.

En el período de méritos, fueron considerados los siguientes parámetros: **a)** máximo 6 puntos por experiencia laboral o profesional, cada punto se contaba a partir del tercer año de ejercicio profesional, o de docencia universitaria en ciencias jurídicas, o de carrera administrativa judicial; **b)** 6 puntos como máximo por formación, divididos en, 4 puntos como máximo, por estudios de cuarto nivel; y, máximo 2 puntos por capacitaciones recibidas; **c)** en la categoría otros méritos, se daban 3 puntos como máximo, divididos en, 1 punto como máximo por capacitaciones impartidas; y, máximo 2 puntos por publicaciones.

La fase de oposición comprendía 2 pruebas: **a)** teórica con un valor máximo de 30 puntos, contenía 50 interrogantes que eran elegidas de forma aleatoria y automática del referente banco, cuyas respuestas eran de múltiple opción; y, **b)** práctica y relación motivada que valía máximo 35 puntos, consistía en un simulacro de audiencia, y en la razón de porque quería ser juez o jueza la persona postulante.

En este concurso, sólo las personas que superaron la prueba psicológica y que sumando los méritos y la prueba teórica, lograron como mínimo el 70% de la puntuación, seguían en el proceso y se sometían a la prueba práctica. Esto implicaba que, como los méritos y la prueba teórica daban un máximo de 45 puntos, para poder dar la prueba práctica y continuar en el concurso, el participante debía sacar por lo menos 31,5/45, además, tenía que haber sido declarado idóneo en la prueba psicológica.

La última fase que también era objeto de valoración, era el curso de formación inicial, al cual pasaban las personas que habían superado las etapas de idoneidad, méritos y oposición. El aludido curso tenía un valor de 20 puntos, el cual no era

²⁹⁸ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Reglamento de concursos*, art. 53.

susceptible de recalificación, y quienes no alcanzaron el 80% de la calificación en este curso, es decir, un mínimo de 16/20, eran alejados del concurso.

En este concurso se postularon 1828 personas, 589 mujeres y 1239 varones.²⁹⁹ Los requisitos mínimos cumplieron 1536 personas, 1044 hombres y 492 mujeres. De las 1536 personas, 235 no pasaron las pruebas psicológicas, por ello, a las pruebas teóricas llegaron 1301 personas. Una vez dadas las pruebas teóricas, quedaron 521 personas habilitadas para dar la prueba práctica, de ellas, 341 eran varones y 180 mujeres.

Sumados los méritos, pruebas teóricas, pruebas prácticas, habiendo superado la entrevista psicológica y el proceso de impugnación ciudadana, al curso de formación inicial, arribaron 223 personas, 149 hombres y 74 mujeres, que eran el 33,18%.

Aprobaron el curso de formación inicial, 207 personas, 70 mujeres y 137 varones, representado las mujeres el 33,81%.

Se consideró las notas parciales que sumaban los méritos, la prueba teórica y la prueba práctica, de las 207 personas que aprobaron el curso de formación inicial. Así, mientras las mujeres tuvieron un promedio de 63,0001/80, la media de los hombres fue de 62,27/80. En la nota del curso las mujeres y los hombres obtuvieron un promedio de 17,52/20. Sumadas las dos notas las mujeres tuvieron un promedio de 80,52/100, mientras, los hombres 79,79/100.³⁰⁰

El concurso fue para 101 puestos, empero, no se llenaron todos, debido a que en algunos cantones no había personas que pasaron todas las etapas. Al final, se declararon ganadores a 86 personas, 54 hombres y 32 mujeres, que representaban ya el 37,20%.

Haciendo una comparación con el concurso para la CNJ, tenemos que, los méritos disminuyen de 30 a 15 puntos. Aunque lo más probable era que la mayoría de los participantes obtengan más cantidad por este parámetro, sin embargo, el hecho de haber mermado esa cantidad, era de gran implicancia, pues, las pruebas (teóricas y prácticas) serían las que iban a definir a las personas ganadoras, con ello, surge otra situación, esto es, que ellos tendrían más tiempo de preparación para los exámenes.

Otro aspecto es que las personas aspirantes, luego de sortear las pruebas, iban al curso de formación inicial, el cual no lo debían realizar las juezas y jueces de la CNJ.

²⁹⁹ En <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/50-concurso-101-jueces-y-juezas/217-concurso-101-jueces-y-juezas>.

³⁰⁰ Para sacar los promedios, se fue separando a los 207 postulantes que aprobaron el curso de formación inicial, en 70 mujeres y 137 hombres, se sumaron los promedios de cada sexo y se dividió para 70 y 137 respectivamente, estos datos fueron tomados de: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/50-concurso-101-jueces-y-juezas/217-concurso-101-jueces-y-juezas>.

Por primera vez, se dan puntos a una persona que es indígena, afroecuatoriana o que pertenece a otro grupo minusvalorado, por ello, una mujer que forme parte de esos colectivos, tenía cuatro puntos, con lo cual, está presente la interseccionalidad.

En el instructivo de este concurso, si se determinó que para el ingreso a la Función Judicial, se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres,³⁰¹ es decir, que se estableció, la existencia del objetivo perseguido con las acciones afirmativas, esto es, alcanzar la igualdad, que fue instaurada como uno de los principios.³⁰² Además, en este concurso si se aplicó la etapa de la adecuación del tratamiento distinto que debe darse, para que puedan existir las acciones afirmativas, pues, el instructivo,³⁰³ sostenía que estas medidas se daban para promover la igualdad. También, el momento de realizar el informe final, en donde constaban las personas ganadoras, se establecía que en la conformación de aquella lista, se debía propender a la paridad entre ellas y ellos.³⁰⁴

Lo que no llegó a explicarse en este concurso, es si ese tratamiento diferente, que implicaban las acciones afirmativas, seguía siendo necesario, es decir, no se analizó si existía alguna medida menos gravosa que permita alcanzar la paridad de mujeres y hombres en los concursos. De igual manera, tampoco, se estableció la proporcionalidad de adoptar las acciones afirmativas. Esto quiere decir, que solo se aplicó la primera parte del test de razonabilidad, cuando consideramos, que ya teniendo la experiencia del concurso de la CNJ, podía haberse pedido algunas estadísticas al CJ, respecto del número de juezas o jueces en nuestro país, para que el propio CJ, sea el que justifique que las acciones afirmativas en los concursos debían continuar siendo aplicadas.

D. Concurso 305 juezas y jueces

El 05 de febrero de 2012, el CJ llamó a concurso para llenar 305 vacantes de juezas y jueces a nivel nacional, en varias materias, de primera y segunda instancia.

El instructivo del concurso señalaba que para postularse para jueza o juez de Corte Provincial, se “debía acreditar un mínimo de 7 años de ejercicio de la profesión, cargos en la judicatura o en la docencia universitaria en ciencias jurídicas”,³⁰⁵ requisito

³⁰¹ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Instructivo para juezas y jueces de familia, y de contravenciones*, tercer considerando.

³⁰² *Ibíd.*, art. 2.

³⁰³ *Ibíd.*, art. 37.

³⁰⁴ *Ibíd.*, art. 40.

³⁰⁵ Ecuador, Consejo de la Judicatura, *Instructivo para el concurso de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social, para la selección y designación de juezas y jueces de la Corte Provincial, Tribunales Penales y de Juzgados de primer nivel*, Registro Oficial 643, 17 de febrero de 2012, art. 9.

que en mayor medida lo cumplían los hombres; en cambio, para el resto de cargos del concurso, era necesario acreditar sólo un año de experiencia.

El instructivo estableció acciones afirmativas para las mujeres,³⁰⁶ aquellas consistían en el otorgamiento de dos puntos, acumulables hasta cuatro, ya que si era una mujer que residía en zona rural, iba a recibir cuatro puntos, dos por ser mujer y dos por vivir en aquel espacio. Otra clase de tal acción era la preferencia automática de la mujer, cuando al final empataba con un hombre;³⁰⁷ sí, la nivelación era entre personas del mismo sexo, entonces, la asignación de la función era mediante sorteo.

Este concurso fue evaluado sobre 100 puntos, dividido de la siguiente forma: los méritos sobre 15 puntos, la etapa de oposición sobre 65 puntos y el curso de formación inicial sobre 20 puntos.

Previo a la valoración de los méritos, se procedió a verificar la idoneidad legal y psicológica de las y los aspirantes, de tal forma que, sólo quienes acreditaban los requisitos mínimos eran derivados a la aplicación de unos test psicológicos y a una entrevista de esa índole, que si no las franqueaban, eran eliminados del concurso; culminadas estas dos idoneidades, recién se les calificaban los méritos.

En la fase de méritos, conferían puntos los siguientes parámetros: **a)** máximo 6 por experiencia laboral o profesional, cada punto se contaba a partir del primer año de ejercicio profesional, o de docencia universitaria en ciencias jurídicas, o de carrera administrativa judicial, excepto cuando se postulaba para ser parte de la Corte Provincial, donde los puntos se concedían, a partir del séptimo año, esto implicaba que, una persona para tener el máximo puntaje debía acreditar una experiencia de 13 años; **b)** 4 puntos como máximo por estudios de cuarto nivel, el máximo puntaje era para quien había obtenido un Ph. D; **c)** máximo 3 puntos por capacitaciones recibidas; **d)** un punto como máximo por capacitaciones impartidas; **e)** un punto como techo por publicaciones. Además, se conferían dos puntos adicionales a quienes laboren 24 meses o más en la Función Judicial, siempre que hayan superado las evaluaciones periódicas.

Quienes cumplieron los requisitos mínimos, pasaron las pruebas psicológicas, sortearon la fase de méritos y la prueba teórica, y sumadas estas dos últimas cantidades, obtenían al menos el 60% del puntaje establecido³⁰⁸ proseguían en el concurso y podían someterse a la prueba práctica, esto significaba, que una persona para dar la prueba

³⁰⁶ *Ibíd.*, art. 37 literal f.

³⁰⁷ *Ibíd.*, art. 49.

³⁰⁸ *Ibíd.*, art. 26.

práctica debían haber sacado por lo menos 27/45 (sumado méritos y prueba teórica, incluida las acciones afirmativas).

La fase de oposición estaba compuesta por 2 pruebas: **a)** teórica: con un valor máximo de 30 puntos, contenía 50 preguntas escogidas de forma aleatoria y automática del respectivo banco; y, **b)** práctica y relación motivada: con un máximo 35 puntos, consistía en un simulacro de audiencia, y en la razón de porque la persona postulante quería ser jueza o juez.

Sólo las personas que superaron la prueba psicológica y la práctica, eran declaradas idóneas para unirse al curso de formación inicial.

La última fase que se valoraba, era el referido curso, al cual pasaban quienes habían sorteado las etapas de idoneidad, méritos y oposición. El curso tenía un valor de 20 puntos, el cual no admitía recalificación, quienes no obtenían el 80% de la calificación, eran separados del concurso. Los nombres de quienes aprobaban el curso, eran expuestos en un periódico nacional y en la página del CJ, para que si alguien deseaba impugnar a algún concursante, lo pueda hacer; de prosperar el reclamo, el refutado era apartado del concurso.

Para este concurso postularon 3424 personas, 853 mujeres y 2571 hombres, las mujeres representaban el 24,912%.³⁰⁹ Hechas las reconsideraciones, 2983 personas cumplieron los requisitos mínimos, de las cuales 2233 eran hombres y 750 eran mujeres, ellas constituían el 25,14%. Sumados los méritos, realizadas las pruebas y la entrevista psicológica; al curso de formación inicial llegaron 1510, de los cuales, 1097 fueron hombres y 413 mujeres, ellas configuraban el 27,35%.

Aprobaron el curso de formación inicial 210 postulantes, que pasaron a formar parte del banco de elegibles para Juezas y Jueces, de los cuales, 63 fueron mujeres y 147 hombres, esto significa, que las mujeres representaron apenas el 30% del total de postulantes. El promedio de las mujeres al aprobar todo el concurso, fue de 82,35/100, mientras, el de los hombres fue 82,74/100.

Acabado el concurso, se nombraron a 200 personas, de las cuales, 60 fueron mujeres y 140 hombres.³¹⁰ Las mujeres fueron el 30% de las personas designadas.

Una diferencia con el concurso anterior, es que la impugnación ciudadana a alguna o algún participante, no era de inicio, sino, al final del concurso.

³⁰⁹ Estos datos fueron extraídos de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/48/215-concurso305jueces>.

³¹⁰ Castro Llerena, "Derechos de participación", 68-9.

Asimismo, en este concurso, por primera vez, se confirió dos puntos por haber estado al menos dos años en la Función Judicial y se reguló la preferencia automática de la mujer cuando empata con un hombre, porque “si reducimos el concepto de igualdad de oportunidades a los puntos de partida, el resultado podría ser desigual y las mujeres - como colectivo históricamente discriminado- permanecerían en situación de desventaja”.³¹¹

Sobre el porcentaje de mujeres que fueron designadas juezas, vemos que va disminuyendo. Así, en el concurso de la CNJ ellas representaron el 42,85%, en el concurso anterior fueron el 37,20% y en éste el 30%, frente a ello, era necesario seguir prohiendo acciones afirmativas porque no se lograba el equilibrio en los juzgados.

El instructivo del concurso, en la parte de los considerandos y en su normativa, establecía que en la designación se fomentará a la paridad entre mujeres y hombres,³¹² esto implica, que sin un análisis estadístico, el CJ visibilizaba la subrepresentación de las mujeres en la judicatura, esto supone, que se aplicó la etapa de la adecuación del test de razonabilidad, porque se verificaba que la concesión de las acciones afirmativas que implicaban un tratamiento diferente se aspiraba a la igualdad material. También, se reguló este objetivo válido en el instructivo,³¹³ es decir, que se cumplió con la primera etapa del referido test.

Además, mientras se desarrollaba el concurso, el instructivo fue reformado.³¹⁴ Así, se estableció que al tratarse de Salas de la Corte Provincial, Tribunales Penales y Juzgados de primera instancia, donde hayan vacantes pares, que sean de igual materia y cantón, las personas ganadoras, serán las que hayan obtenido los puntajes más altos de las listas separadas de mujeres y de hombres. Asimismo, se indicaba que en los organismos pluripersonales, se verá que no haya más de los dos tercios de personas del mismo sexo, incluso el instructivo, sostenía que en un organismo de tres personas, en donde los dos integrantes sean hombres, el puesto será llenada automáticamente por la mujer que haya logrado el más alto puntaje, siempre que haya superado los 70 puntos, con lo cual, hubo otra normativa del propio instructivo que propendía a la paridad, entendida como un fin constitucionalmente válido.

³¹¹ Catalina Mendoza Eskola, *Identidades Femeninas en el Derecho Ecuatoriano* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 82.

³¹² Ecuador, Consejo de la Judicatura, *Instructivo para el concurso de juezas y jueces de la Corte Provincial, Tribunales Penales y de Juzgados de primer nivel*, tercer considerando y art. 2.

³¹³ *Ibíd.*, art. 37.

³¹⁴ Ecuador, Consejo de la Judicatura, reformas a los Arts. 47 y 48 del *Instructivo para el concurso de juezas y jueces de la Corte Provincial, Tribunales Penales y de Juzgados de primer nivel*, Registro Oficial 691, 26 de abril de 2012.

Sin embargo, igual que en los concursos anteriores, no se aplicaron las otras dos etapas del test de razonabilidad, es decir, la necesidad y la proporcionalidad, no se analizó porque seguía siendo ineludible adoptar estas medidas, pues como veíamos, uno de los elementos de las acciones afirmativas, era la temporalidad, por ello, el mismo CJ debía antes de emitir este instructivo, verificar si es que era indispensable seguir manteniendo estas medidas y analizar si eran o no equilibradas.

E. Concurso para designar 1284 cargos para juezas y jueces

El 16 de septiembre de 2012, el CJ llamó a concurso de para designar 1284 juezas y jueces, de primera y segunda instancia de distintas materias.

El Art. 4 del instructivo mencionaba que se adoptarán las acciones afirmativas previstas en el reglamento, cuyo Art. 15, detallaba que tales medidas se usarán en la fase de méritos, para lograr la igualdad real; se daban dos puntos, acumulables hasta cuatro, a quienes hagan parte de esos grupos, dentro de los cuales, estaban las mujeres. Otra acción afirmativa, era la preferencia automática de la mujer, al final, en caso de empate con un hombre (Art. 22 del instructivo y Art. 42 del reglamento). Sí, el empate era entre personas del mismo sexo, entonces, la función se asignaba mediante sorteo.

Este concurso fue evaluado sobre 100 puntos, dividido de la siguiente forma: los méritos sobre 15, la fase de oposición 65 puntos (prueba teórica, prueba práctica y relación motivada) y el curso de formación inicial sobre 20.

Previo a valorar los méritos, se verificaba la idoneidad legal y psicológica de las personas aspirantes, de tal forma que, sólo las personas que cumplieran los requisitos mínimos eran sometidas a una entrevista psicológica, si no la pasaban eran eliminados. Superadas estas dos idoneidades, recién se les calificaba los méritos.

La fase de méritos se evaluaba en torno a los siguientes parámetros: **a)** máximo 5 por experiencia profesional, como abogado en libre ejercicio, profesor universitario o servidor público en donde se requiera ser abogado; para juezas o jueces de primer nivel, se calificaba con 0,50 puntos por cada año de experiencia, después del primer año concluido, para jueza o juez de Corte Provincial, a partir del séptimo año, se concedía un punto por cada año, esto implicaba que, una persona para tener el puntaje máximo, debía acreditar una experiencia de 11 años para jueza o juez de primera instancia o 12 años si quería participar para jueza o juez de segunda instancia; **b)** 4 puntos como máximo por educación formal o estudios de cuarto nivel, el máximo puntaje era para quien haya obtenido un Ph. D, incluso, se daba 1,5 puntos por haber egresado de alguna

maestría relacionada con el cargo; **c)** máximo 3 puntos por capacitaciones recibidas; **d)** un punto como máximo por capacitaciones impartidas; y, **e)** un punto por publicaciones; y, **f)** un punto por ser parte del banco de elegibles (Art. 12 del instructivo).

El Art. 14 *ibídem* instituía que las y los postulantes que acrediten haber sido los mejores estudiantes en sus colegios o universidades, merecían un puntaje extra de hasta 2 puntos, que no podría sobrepasar el máximo (15) previsto para la etapa de méritos.

Quienes cumplieron los requisitos mínimos y pasaron las pruebas psicológicas, debían sacar como mínimo 10 puntos en los méritos, para continuar con la fase de oposición (Art. 33 del reglamento). Para rendir la prueba práctica, el o la postulante deberían obtener como mínimo el 60% de la nota, sumados los méritos y la prueba teórica, es decir, si los méritos se califican sobre 15 y la prueba teórica sobre 25, nos da un total de 40 puntos, de tal forma que, para dar la prueba práctica, era necesario que la persona concursante haya obtenido como mínimo 24 puntos.

La fase de oposición estuvo compuesta por 2 pruebas: **a)** teórica: con un valor máximo de 25 puntos, contenía 50 preguntas de opción múltiple, que eran seleccionadas de forma aleatoria y automática del respectivo banco; y, **b)** práctica y relación motivada: con un máximo 40 puntos, consistía en un simulacro de audiencia y en la explicación de porqué quería ser jueza o juez la persona postulante.

En este concurso sólo quienes superaron la prueba psicológica y las fases de méritos y oposición, eran declaradas aptas para ir al curso de formación inicial.

La última fase, era el aludido curso, el cual tenía una puntuación sobre 20 y no admitía recalificación, quienes obtenían menos del 70% eran separados del concurso. El cuadro de quienes aprobaban el curso, era divulgado en un periódico y en la página del CJ, para que si alguna persona deseaba impugnar a algún concursante, lo pueda hacer, de prosperar alguna impugnación, el objetado era alejado del concurso.

En este concurso se presentaron 6271 personas, 2117 mujeres y 4154 hombres, las mujeres representaban el 33,75%.³¹⁵ Hechas las reconsideraciones, de las personas que postularon, cumplieron los requisitos mínimos 2636, de ellas 1514 eran hombres y 1122 eran mujeres, las mujeres constituían el 42,56%. Sumados los méritos, realizadas las pruebas y la entrevista psicológica, al curso de formación inicial llegaron 2051 personas, compuestas por 1205 hombres y 846 mujeres, que configuraban un 41,24%.

³¹⁵ Estos datos fueron extraídos de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/48/215-concurso1284jueces>.

Aprobaron el curso de formación 919 postulantes, que pasaron a formar parte del banco de elegibles para juezas y jueces, de quienes, 376 fueron mujeres y 543 hombres, esto significa, que las mujeres simbolizaron el 40,91% del total de postulantes. Mediante la resolución No. 024-2013, el CJ, basándose en este banco de elegibles nombró a 125 personas, entre ellas, 60 mujeres y 65 hombres, ellas representaron el 48%, a diferencia del concurso anterior en donde las mujeres fueron el 30%, esto implica, que en este concurso estuvimos próximos a alcanzar la paridad.

El reglamento del concurso que fue reformado agregó algunas cuestiones. El Art. 13 ordenaba dar un puntaje adicional de hasta dos puntos, en la etapa de méritos a quienes obtuvieron las mejores calificaciones en sus estudios de bachillerato o de tercer nivel. De su lado, el Art. 14 ibídem permitía que se otorgue un punto dentro de aquella fase, a quienes terciando en los concursos anteriores realizados por el CJ hayan quedado en el banco de elegibles. Con lo expuesto, se evidencian dos nuevas categorías que dan puntos. Finalmente, al momento de la designación se debían respetar las calificaciones y la paridad, según el número de puestos requeridos, guardando correspondencia con lo dicho, es que las mujeres fueron el 48% de las personas ganadoras, aunque se seguía dando prevalencia a la experiencia profesional, capacitación, publicaciones.

El Art. 1 del instructivo del concurso, establecía que serían respetados los principios previstos en el reglamento para servidores judiciales, entre ellos, la igualdad, con lo cual, de forma similar a los concursos anteriores, solo se aplica la primera etapa del test de razonabilidad, empero, no se dice porque las acciones afirmativas en favor de las mujeres, siguen siendo necesarias o proporcionales, pues, considerando que ya habían culminado los tres concursos preliminares, en donde ingresaron una cantidad de personas para las funciones de juezas y jueces, y que este concurso se convoca a los siete meses del concurso anterior, se tenía tiempo suficiente, para que en el instructivo, se justifique no solo la adecuación o finalidad del trato diferente a ellas, sino que se explique porque continuaba siendo necesario y proporcional el otorgamiento de dos puntos o la elección automática caso de empate con ellos, en las postrimerías del concurso, pues, siendo el último concurso que se convocó era fundamental que en el instructivo, como norma que regula el concurso, conste el referido test, o porque no se hizo constar las dos etapas faltantes del test en los considerandos del instructivo.

4. Nudos problemáticos vinculados a las acciones afirmativas en los concursos para juezas y jueces

Son dos las acciones afirmativas que se establecieron en los concursos y que han generado discusión, fundamentalmente, porque transgreden el principio de igualdad y el de mérito. Por ello, a continuación, para cada una de ellas, se aplicará el test de razonabilidad, concluyendo en que son constitucionalmente adecuadas, necesarias y proporcionales, que no violentan la igualdad, sino que la realzan, que el mérito no es un principio absoluto, sino que debe matizarse cuando se trata de las acciones afirmativas.

4. 1. El otorgamiento de puntos por el hecho de ser mujer

El reglamento sustitutivo de concursos³¹⁶ contempla acciones afirmativas que consisten en el otorgamiento de dos puntos a las mujeres que participen.

La concesión automática de proporcionar puntos, es una medida de trato preferencial, que para obtenerlo, basta acreditar la calidad de mujer, que tiene su razón de ser, en equiparar la discriminación que ellas han sufrido, para que desde el inicio del concurso puedan competir en similares situaciones que ellos, pues estamos frente a una sociedad “que, bajo el velo de la igualdad formal, no admite que la desigualdad está dada de facto”.³¹⁷

También, esta clase de acción es conocida como *goals*, mediante la cual se establecen puntos que favorecen a los grupos minusvalorados y a las mujeres. El objetivo es equiparar las condiciones del acceso a los cargos públicos o privados.³¹⁸ A pesar de lo indicado, esta herramienta ha sido censurada, cuando se menciona que “una cuota como los goals que diera más puntos a las mujeres por ser mujeres sería contraria a la Directiva”,³¹⁹ porque se detalla que se debería analizar cada caso. Sin embargo, en el reglamento, aparte de las mujeres, se otorgan puntos, por otras categorías, que la podrían cumplir los hombres, por ejemplo: adolecer alguna discapacidad, vivir en zona rural, tener experiencia profesional, etc.

La pregunta que se anhela contestar sería ¿El beneficio otorgado a las mujeres que postulan para juezas, consistente en el otorgamiento de dos puntos, vulnera el derecho de igualdad de los postulantes? Para ello, debemos verificar si el trato distinto es adecuado, necesario y proporcional.

³¹⁶ Ecuador, Consejo de la Judicatura, *Reglamento sustitutivo de concursos para la selección y designación de servidoras y servidores de la función judicial*, art. 15 literal f. Se debe indicar que este reglamento que sustituye al anterior, publicado en el Registro Oficial 519 del 24 de agosto de 2011, contempla las acciones afirmativas, con la diferencia de que se encuentra en el Art. 13.

³¹⁷ Castro Llerena, “Derechos de participación”, 54.

³¹⁸ Marcos Córdoba, “Tratado de la buena fe”, 930.

³¹⁹ Elósegui, “Las acciones afirmativas”, 203.

La adecuación se refiere a la coherencia que debe tener la medida acogida con el fin propuesto. Así, al conceder dos puntos, se intenta que las mujeres en la etapa de méritos, logren una situación efectiva de igualdad con los hombres y se postulen más juezas, porque es un hecho incontrastable, que ellas para realizar estudios de cuarto nivel, adquirir experiencia laboral, efectuar publicaciones o capacitarse, por la sociedad androcéntrica en que habitamos, tengan que hacer más esfuerzos que ellos, v. g., buscar un lugar de cuidado para sus hijas e hijos, mientras aprenden, o pensar en que luego de estudiar, deben hacer las tareas del hogar,³²⁰ conociendo que ellas “laboran 17 horas más que ellos en labores de cuidado en las zonas urbanas y 22 horas más en zonas rurales”.³²¹

Basta con ir a las bibliotecas, para percatarnos, que los libros de derecho, en su mayoría han sido escritos por hombres, entonces, ellos probablemente tendrán más puntos, al contrario, ellas se quedarán en casa en las labores de atención, originándose lo que se denomina la sobreespecificidad, esto es, que “se pretende exponer un comportamiento, rol o necesidad que abarca a la humanidad y se lo establece como una particularidad de las identidades de género”,³²² cuando el resguardo debe ser una tarea compartida.

Está claro que las acciones afirmativas cuyas favorecidas son las mujeres, que aspiren a ser juezas a través de un concurso, persiguen una finalidad: impulsar la adhesión de las mujeres en la judicatura para compensarlas legítimamente por la discriminación sufrida. Es evidente que este propósito, parte del hecho de que hay menos juezas que jueces, en tal virtud, el Estado debe preferirles a ellas, para remediar esta situación.

Aparte de conseguir la paridad en la judicatura, es indispensable el acceso de ellas, ya que será enriquecedor conocer las decisiones que ellas tomen, pues los fallos ya no serán vistos solo desde el pensamiento de ellos, sino también desde la óptica de ellas, lo cual mejora la calidad en las sentencias. Sin embargo, esto no sería del todo verdad, ya que, puede haber juezas que conforme la educación formal e informal que recibieron, juzguen sin tener perspectiva de género y repliquen los criterios de una colectividad

³²⁰ Varios, *Informe Regional: Iguales en méritos, desiguales en oportunidades*, Beatriz Kohen, dir. (Buenos Aires: Andros, 2007), 17.

³²¹ Plataforma de Mujeres, *Manifiesto de Mujeres* (Quito: S.e, 2019), 2.

³²² Elsa Guerra Rodríguez, “Hacia una pedagogía crítica de género: una propuesta para las carreras de Derecho en Ecuador” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021), 149, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/8714>.

sexista y patriarcal, por ello, es indispensable “cuestionar los principios jerarquizantes que organizan el sistema de administración de justicia”.³²³

Esa equiparación que está reconocida constitucionalmente, pretende alcanzar la igualdad material entre todos, porque “la igualdad de resultados es la extensión lógica de la igualdad de oportunidades”.³²⁴ Por lo expuesto, es una medida adecuada, ya que para tener más mujeres en las judicaturas, es viable implantar acciones afirmativas en la normativa de los concursos,³²⁵ que es lo que se ha hecho en Ecuador.

Sobre la “adecuación del medio al fin propuesto”,³²⁶ el Art. 15 del reglamento, que otorga a las mujeres dos puntos extras, constituye una acción eficiente, porque apuntala que como mínimo un porcentaje de ellas, considerando que en ocasiones, los concursos se definen por décimas de puntos, puedan participar, remediando la discriminación que han sufrido, para que de ganar, se desempeñen como juezas, incluidas en las Altas Cortes, aumentándose su participación.

La necesidad hace alusión a la existencia de otras medidas con las que se pueda lograr más juezas. No basta con campañas de concientización sobre la discriminación de las mujeres, o realizar publicidades sobre los tipos de violencia de las que son objeto, o con capacitaciones en materia de género, porque estas medidas se han dado por mucho tiempo, sin embargo, no han logrado los resultados esperados, por eso, es imperioso, poner el dedo sobre la llaga, e incluir en el reglamento (instrumento de regulación de los concursos) la concesión de estos dos puntos, porque no se está dando todos los puntos, como ocurrió en los casos *Gratz vs. Bollinger* y *Grutter vs. College LSA*, en donde, a los integrantes de las minorías raciales, en la prueba de admisión a las universidades, les dieron esa puntuación; en esos casos, la Corte Suprema de Estados Unidos, dijo que no eran medidas óptimas.³²⁷ Veinte puntos si son innecesarios, más no 2, frente a un universo de 100 que es lo que está en juego en los concursos.

Es una realidad latente en nuestra sociedad “que la mujer, incluso si tiene formación académica superior a la del hombre, ha de enfrentar mayores obstáculos para

³²³ Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en *Género y Derecho*, edit. Alda Facio & Lorena Fries, (Santiago de Chile: Ediciones La Morada, 1999), 204.

³²⁴ Mendoza, *Identidades Femeninas*, 84.

³²⁵ Varios, “Informe Regional”, 37.

³²⁶ Rocío Villanueva Flores, “El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad”, en *Igualdad para una democracia incluyente*, ed. Line Bareiro e Isabel Torres, (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009), 291.

³²⁷ Juárez, “Igualdad y acciones afirmativas”, 340-1.

acceder”,³²⁸ por los rezagos de una sociedad patriarcal donde las mujeres que trabajan fuera del hogar, tienen que seguir combinando dichas actividades, con las labores domésticas, cuando su pareja no asume sus actividades en el hogar, lo cual implica que el tiempo invertido en el hogar, les termina minando el lapso que podrían invertir en prepararse académicamente. Por ello, tiene asidero “la afirmación de la Naciones Unidas, en el sentido de que si se mantiene el ritmo de crecimiento actual de 1 a 2% de mujeres en cargos públicos de dirección por año, en el mundo existirá paridad de representación hombre-mujer en 400 años”,³²⁹ es decir, que no debemos esperar a que llegue el año 2400 y recién ahí preocuparnos por adoptar acciones afirmativas a favor de ellas. Por lo tanto, tales acciones son necesarias.

La proporcionalidad en sentido estricto, está ligada al cálculo de la medida, esto es, que “el trato diferenciado no sacrifique valores, principios o derechos (dentro de los cuales se encuentra la igualdad) que tengan un mayor peso que los que se pretende satisfacer mediante dicho trato”.³³⁰ En ese sentido, resulta ventajoso, dar esos dos puntos, porque así las mujeres van a equipararse con ellos, logrando la igualdad en la realidad, teniendo en cuenta que las acciones afirmativas, son medidas que han sido aceptadas en la mayoría de países, y para eso, se debe afectar los derechos de los hombres, sí, pero, son mayores los beneficios que los perjuicios, claro la igualdad en la forma cederá a la igualdad en la sustancia. Asimismo, sí, las mujeres están en los puestos de decisión, entonces, vamos a mirar al derecho desde su óptica, que ha sido invisibilizada, ya que se trata de un grupo que ha sido excluido y la satisfacción que se va a generar es alta en relación a la intervención en el derecho. El entregar dos puntos, de un total de 100, no es exagerado, todo lo contrario, es una cantidad que se puede revertir en la fase de oposición o en el curso de formación inicial, porque los dos puntos, sólo se consideran al momento de calificar los méritos a las personas participantes. Asimismo, se demostró, que ni con esos dos puntos extras, se ha logrado equiparar la brecha de la desigualdad.³³¹

En conclusión, el trato diferente (dos puntos a las mujeres) tiene un objetivo constitucional legítimo, es una medida idónea y necesaria, puesto que ninguna otra medida menos gravosa, cumple con el objetivo de tener más juezas, y finalmente es

³²⁸ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n. °: C-371/2000*, 29 de marzo de 2000, 67.

³²⁹ Gaviria, “Sentencias”, 132-33.

³³⁰ *Ibíd.*, 129.

³³¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en juicio No. 7-11-IA/19, 28 de octubre de 2019, 9, <http://www.corteconstitucional.gob.ec>.

proporcional ya que se sacrifican los derechos de ellos, que ha sido el grupo que se ha impuesto en el cargo de jueces, frente al beneficio de que hayan más juezas.

4. 2. La preferencia automática de la mujer cuando empata con un hombre

El reglamento sustitutivo de concursos³³² establece que cuando en el puntaje final, estén nivelados una mujer y un hombre, la función la ocupará la mujer. Además, se detalla que si el empate es entre dos o más mujeres, la adjudicación se la efectuará a través del sorteo. La primera parte de esta disposición (preferencia) se basa en el Código de la Democracia, que para la asignación de un escaño, prescribe que “en caso de empate entre candidatos de diferente sexo, la candidata tendrá preferencia en la adjudicación en aplicación de las medidas de acción afirmativa y los principios de equidad y paridad”.³³³ La segunda parte del Art. 42 (sorteo) se deriva del Art. 35 del Reglamento para la selección y designación de Fiscal General del Estado, el cual establecía: “de producirse empate en la calificación de dos o más postulantes, el Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, realizará un sorteo, en presencia de notario público”.³³⁴

La preferencia automática de las mujeres, es una medida de trato preferencial, llamada cuota por decisión, que para obtenerla, basta acreditar el empate entre una mujer y un hombre, que tiene su fundamento en lograr la equiparación que por la discriminación no se ha alcanzado, pues no serviría, que se haga el sorteo entre un hombre y una mujer, si existe el 50% de probabilidad de que el hombre sea nombrado, y que ellos sigan siendo designados jueces. La preferencia en caso de empate, contribuye a alcanzar la igualdad en los resultados o al final.

La interrogante que emerge es ¿El beneficio otorgado a las mujeres que participan para juezas, consistente en la preferencia automática en caso de empate con un hombre vulnera el derecho de igualdad de ellos?

³³² Ecuador, Consejo de la Judicatura, *Reglamento sustitutivo de concursos para la selección y designación de servidoras y servidores de la función judicial*, art. 42 segundo inciso. Se debe indicar que este reglamento que reemplaza al anterior, publicado en el Registro Oficial 519 del 24 de agosto de 2011, contempla las acciones afirmativas, con la diferencia de que se encuentra en el Art. 51 tercer inciso.

³³³ Ecuador, *Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador*, art. 165 segundo inciso.

³³⁴ Ecuador, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, *Reglamento del Concurso de Méritos y Oposición para la selección y designación de la Fiscal General del Estado*, Registro Oficial No. 345, 21 de diciembre de 2010, art. 35.

La adecuación analiza si la medida persigue un fin constitucionalmente legítimo.³³⁵ La preferencia automática de la mujer, cuando empate con un hombre, cumplen con el cometido de tener más juezas. Es una medida que se aplica al final del concurso, con lo cual, se logra la igualdad en los resultados, derecho protegido constitucionalmente, podríamos indicar que incluso al optar por esta medida, se cumple más este fin, a diferencia, de que con la otra medida (dos puntos) si bien, se verifica el objetivo, eso no garantiza *per se* que al final del concurso lleguen más mujeres.

La necesidad se refiere a que si existen otras medidas con las cuales se puede llegar a tener más juezas, y si afectan en menor medida derechos de terceros, se debe preferir a ellas, antes que a la medida que ha sido acogida en primera instancia.

Para el desempate en el otorgamiento de puestos, se ha acudido a la experiencia laboral, a la edad, a la capacidad económica de los candidatos. *A priori* se podría decir que hay hombres desaventajados que pueden haber tenido menos oportunidades que determinadas mujeres.³³⁶ Aunque, volveríamos a un círculo vicioso, pues en el reglamento se dan puntos por ser una persona con capacidades especiales, por ser indígena, afroecuatoriana o montubia, o por ser pobre; en los méritos, se considera ya la experiencia laboral. Es decir, el reglamento ya tomó en cuenta estos factores, en las etapas primigenias del concurso, y al final se entiende han llegado una mujer y un hombre, al menos, en teoría, en igualdad de méritos.

Quienes acreditan la antigüedad en el puesto para el que concursan son los hombres, pues las mujeres pasan en el cuidado de sus hijos, esa actividad no da puntos y no se lo toma como tiempo trabajado³³⁷ ni mucho menos recibe una retribución, esto se evidencia en el hecho de que en nuestro país, la población económicamente activa (PEA) esté compuesta por el 76,9% de hombres y por el 23,1% de mujeres,³³⁸ con lo cual, para la mayoría de ellas va a ser más complicado acreditar la experiencia laboral.

Si aplicamos esos criterios de desempate, estaríamos propiciando una regresividad en los derechos de las mujeres, ya que frente al empate, si se prefiere la antigüedad, como criterio para desnivelar, es obvio que un hombre va a ser nombrado juez, o si se deja a la voluntad del órgano decisor se corre el riesgo de “escoger al candidato masculino, quien disfruta de una preferencia social implícita, de esta manera,

³³⁵ Carlos Bernal Pulido, “El principio de proporcionalidad”, 725.

³³⁶ Elósegui, “Las acciones afirmativas”, 260.

³³⁷ *Ibíd.*, 213.

³³⁸ Consejo Nacional para la igualdad de género, *Mujeres y Hombres en Cifras IV: una mirada estratégica desde el género y las diversidades* (Quito: S.e, 2021) 128.

las mujeres continúan estando infrarrepresentadas”.³³⁹ Frente a ello, la medida menos lesiva es la preferencia automática de las mujeres.

La proporcionalidad en sentido estricto implica que debe existir un equilibrio entre el derecho que se alcanza con el tratamiento diferenciado (igualdad material) versus los derechos sacrificados (igualdad formal, mérito). En ese sentido, resulta beneficioso, si a las mujeres se les eligen cuando empaten con ellos, con esto, se va lograr la igualdad en la esencia y llegando a las postrimerías del concurso hay más posibilidades de que tengamos más juezas, siendo mayor la ventaja frente al sacrificio de que un hombre no sea nombrado juez, pues como decíamos, si de nuevo acudimos solo al sorteo, es más probable que los hombres sigan siendo electos como jueces.

Para que se prefiera automáticamente a las mujeres, en la función para la que postularon se requiere: **a)** que existan menos mujeres que hombres en el cargo en disputa; **b)** que las concursantes tengan iguales capacidades que los hombres para el desempeño de la función.³⁴⁰ Como hemos visto, a la fase final del concurso se entiende que llegan las mujeres que tienen las suficientes capacidades para ser juezas.

Para profundizar el tópico de la proporcionalidad, se debe acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que resolvió dos casos, donde se debatía, si la preferencia automática otorgada a ellas, cuando empataban con ellos, atentaba o no la Directiva No. 76/207,³⁴¹ sobre todo, en relación a la igualdad en el trato y a la adopción de acciones afirmativas, para conseguir la igualdad material de ellas.

La primera sentencia se denomina “caso Kalanke”,³⁴² el cual se dio en la ciudad de Bremen. Se conoció sobre un concurso para seleccionar a una persona como jefe de áreas verdes. Al final de aquel llegaron dos personas: la señora Glissman y el señor Kalanke. En principio, debido a que él era jefe de hogar, tenía más experiencia y mantenía a su familia, se le dio la vacante, sin embargo, el Comité de Talento Humano, basándose en la Ley del Estado de Bremen, que establecía que cuando existían dos personas candidatas, que habían obtenido la misma calificación, se debería dar prioridad

³³⁹ Mendoza, *Identidades Femeninas*, 82.

³⁴⁰ García, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa”, 331.

³⁴¹ Consejo de las Comunidades Europeas, “Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo”. 09 de febrero de 1976, arts. 2, apartados 1 y 4. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0207:ES:HTML>.

³⁴² Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, “Sentencia de 17 de octubre de 1995”, *Caso Kalanke*, <https://eur-lex.europa.eu>.

a las mujeres, en aquellos espacios en donde no se haya alcanzado la paridad, por ende, el puesto terminó ocupando la señora Glissman.³⁴³

Frente a esto, el señor Kalanke planteó el reclamo ante las autoridades judiciales alemanas, porque sostenía que la Ley de Bremen, atentaba contra el principio de igualdad, no obstante, no le dieron la razón. A pesar de ello, el organismo que conoció en última instancia, derivó una consulta al TJCE, para que precisara si la disposición de tal ley, era o no compatible con la Directiva No. 76/207.

El TJCE analizó este caso y resolvió que la aludida ley, tal como estaba redactada, esto es, que aunque tenía como finalidad alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, que esto se fundamentaba en la falta de representación de ellas, en algunos puestos, no obstante, su favoritismo automático, sin examinar las circunstancias concretas del hombre participante, sí atenta la referida Directiva, por ello, se indicó que una normativa nacional que “garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción, sobrepasa lo que debe ser el fomento de la igualdad de trato”.³⁴⁴

La segunda decisión es llamada el “caso Marschall”³⁴⁵ suscitado en la ciudad alemana de Schwerte. Se supo de un concurso en donde terciaban una mujer y el señor Marschall, para obtener el ascenso de categoría como profesor en una Unidad Educativa de esa localidad, si bien, ambos tenían iguales calificaciones, ella fue promovida, porque había una disposición de la Ley del Estado de Westfalia, que indicaba que si en una profesión, las mujeres están subrepresentadas, es decir, había menos del 50% de ellas, tenían prioridad en los ascensos, salvo que se establezca alguna razón para darle la vacante al candidato varón.³⁴⁶

El señor Marschall realizó los requerimientos antes las jurisdicciones de su país, porque consideraba que se transgredió el principio de igualdad, por ello, las autoridades judiciales, remitieron una consulta al TJCE, con la finalidad de que se establezca si la disposición de la referida ley era o no acorde con la Directiva No. 76/207.

El TJCE examinó este caso y resolvió que no se atentaba contra el principio de igualdad, ya que la aludida disposición, no fijaba una preferencia automática de las

³⁴³ Manuel Atienza, “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 112, doi:10.14198/DOXA1996.19.06.

³⁴⁴ María Isabel Rofes i Pujol, “La sentencia Kalanke”, en *Base Legal de la acción positiva*, (País Vasco: Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, 2007), 53.

³⁴⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, “Sentencia de 11 de noviembre de 1997”, *Caso Marschall*, <https://eur-lex.europa.eu>.

³⁴⁶ Maria Vittoria Ballesteri, “Igualdad y acciones positivas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2006): 68, doi:10.14198/DOXA2006.19.06.

mujeres, como si hacía la disposición de la Ley de Bremen, que se conoció en el caso Kalanke, sino que se establecía una cláusula de reserva, según la cual “las mujeres no deben tener preferencia en las promociones cuando prevalecen motivos relativos a la persona de un candidato hombre”.³⁴⁷

Por lo expuesto, la preferencia automática de la mujer, cuando empate con el hombre, que se establece en los concursos es adecuada, necesaria, empero, para decir que es proporcional, se debe mirar la situación concreta del otro candidato varón con el que ella igualó, esto es, se debe verificar, si hay algunas circunstancias propias del candidato, que le hagan inclinar la balanza a su favor, por ejemplo, si estamos frente a una mujer (blanca, heterosexual, de clase media) y un afroecuatoriano, un indígena o un hombre que tiene capacidades especiales que no le impiden ejercer el cargo de juez, se debería darle la vacante a ellos, ya que pertenecen a grupos que han sido más minusvalorados que las mujeres hegemónicas, con lo cual, se estaría respetando incluso las decisiones de organismos internacionales.

Si bien, en un inicio, se dijo que esta disposición del reglamento es adecuada a la luz de la Constitución, no obstante, esta afirmación debe ser modulada para cada caso, así, cuando existan motivos relevantes para darle ese puesto a un hombre, que pertenezca a un grupo que ha sido más discriminado que la mujer hegemónica, sería a él, a quien se le deba escoger.

El sorteo cuando el empate sea entre mujeres, debe ser revisado, pues estando de por medio la interseccionalidad, que establece que dentro de las mismas mujeres, pueden haber condiciones, por las cuales sufran discriminación, creemos adecuado, que el puesto debe darse a una mujer indígena o a una afroecuatoriana antes que a una blanca, porque ellas han sido aún más relegadas que las mujeres blancas.

Es lógico que si para una mujer es difícil convertirse en jueza, con todo lo que tiene que sortear en su contra, más inalcanzable, lo va ser para una afroecuatoriana o indígena. De ahí, que por ejemplo, en la CNJ solo haya habido una jueza indígena o que en el caso de Fiscalía, recién a los veinte y cinco años de ser un órgano autónomo, sea una mujer afroecuatoriana la que esté al frente, con lo cual, este aspecto del reglamento debe ser revisado.

5. El principio meritocrático relacionado con el de igualdad material

³⁴⁷ *Ibíd.*

Dado que la carrera administrativa debe basarse en los méritos y en las calificaciones que los aspirantes obtengan en los concursos, es menester que los órganos nominadores elijan a quienes sean los más aptos para desempeñarse como funcionarios, pues sólo así la prestación del servicio será más ágil y oportuna.³⁴⁸ Desde esta óptica, el mérito alude al hecho de que quienes llegan a ocupar los cargos de juezas y jueces, sean las personas más calificadas, luego de haber superado un proceso riguroso y exhaustivo.

Existen dos concepciones del mérito: **a) intelectualista:** según la cual el mérito reside en la obtención de unos resultados superiores a los de los demás, para lo cual, se considera la inteligencia natural y el medio donde esa persona se desarrolló; **b) voluntarista:** la idea del mérito reside sólo en el esfuerzo, quien más lucha más debe recibir.³⁴⁹ En suma, el mérito, se basa en que quien triunfe, sea el más apto, porque fue beneficiado con más inteligencia, porque obtuvo las herramientas a su favor, o porque a pesar de las complicaciones que tuvo, fue quien más se afanó.

Bajo esta óptica, al momento de elegir a alguien, no importaría si es de una determinada etnia, o si es hombre o mujer, sino únicamente, si es el más calificado. Entonces, mal podría un ente normativo exigir que una cantidad de las vacantes, sean solo para las mujeres, pues el elegido, deber ser quien logró el mayor puntaje.³⁵⁰

La definición del mérito sobre la base del cual se asigna puntuación en los concursos, guarda relación con tres criterios: la preparación formal, la capacitación continua y la experiencia.³⁵¹ Sin embargo, ninguno de estos criterios, lo pueden cumplir a cabalidad la mayoría de las mujeres, pues, aunque ella asuma las responsabilidades laborales, ello no implica que hayan mermado sus obligaciones en el hogar.³⁵² El hombre posee más posibilidades de educarse formalmente y de obtener más experiencia laboral, eso hace que se incremente su acceso a cargos de un nivel de jerarquía superior, por ser un oferente de trabajo más atractivo,³⁵³ porque, él no se concientiza, sobre las tareas de la casa, que deben ser compartidas y no exclusivas de la mujer.

Supongamos que una mujer que cumple a diario una triple jornada vinculada al trabajo remunerado, a las labores del hogar y a la crianza, desea participar en un concurso para ser jueza. Como consecuencia del tiempo invertido en su trabajo así como

³⁴⁸ Colombia Corte Constitucional, Sentencia No. C-040/95, 9 de febrero de 1995, 7, en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

³⁴⁹ Fernández, “Igualdad y derechos humanos”, 123.

³⁵⁰ Motta, “Ciudadanía”, 70.

³⁵¹ Castro Llerena, “Derechos de participación”, 53-4.

³⁵² *Ibíd.*, 54.

³⁵³ *Ibíd.*

en su hogar, no tendrá el tiempo suficiente para prepararse de forma óptima en los exámenes. En cambio, un hombre, que responde a la masculinidad dominante, sin la necesidad de atender a su familia, ni hacer los trabajos del hogar, dispondrá de más tiempo para prepararse en el concurso y así podría obtener notas más altas. La pregunta que surge es si por eso el hombre tendría más méritos que la mujer, la respuesta es no,³⁵⁴ porque, quien se ha esforzado más y merece ese puesto es la mujer, al tener que estar en múltiples tareas simultáneas y la mayoría sin tener reconocimiento.

No es cierto que la persona mejor cualificada para un cargo sea siempre la más meritosa,³⁵⁵ porque el mérito y la aptitud analizan solo el aspecto masculino y dejan de lado la diversidad de la sociedad, existiendo otras categorías que deben ser apreciadas al momento de valorar las capacidades de las personas,³⁵⁶ porque no pensar que sea susceptible de puntuación el cuidado de sus hijos, que ha hecho una abogada, luego de incorporarse, alguien dirá se está fomentando el machismo, sin embargo, sería una forma de equilibrar las cosas.

Se dice que las acciones afirmativas solo examinan el sexo de las personas, más no, sus capacidades. Frente a ello, se puede rebatir indicando que el mérito siendo una razón suficiente para dar un cupo, muchas veces resulta injusto, sobre todo cuando entre esas dos personas no han tenido por ejemplo el acceso al mismo nivel de educación.³⁵⁷

La meritocracia absoluta y sin contexto de género legitima la distribución desigual de los recursos.³⁵⁸ De tal manera que, las personas que pertenezcan a familias de clase alta, habitualmente o varias veces, tendrán más oportunidades para educarse y acceder a posiciones sociales aventajadas que el resto.³⁵⁹

Sí, las acciones afirmativas anhelan la igualdad material, y el mérito, solo estima la igualdad formal, entonces, es factible que al no existir derechos absolutos, el mérito tenga que ceder su paso a la igualdad material. Cómo se logra esto, con la adopción de acciones afirmativas. No es que cualquier mujer va a ser jueza, sino una que tenga los requisitos mínimos para participar y cuando se la prefiera en caso de empate, o porque se han realizado dos listas, una de hombres y otra de mujeres para ocupar los cargos, es porque se trata de compensarle con la discriminación que han venido sufriendo desde

³⁵⁴ Juárez, "Igualdad y acciones afirmativas", 266.

³⁵⁵ Eduardo Rivera López, "Igualdad, libertad y mérito", en *El derecho a la igualdad*, coord. Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, (Buenos Aires: LexisNexis, 2007), 99.

³⁵⁶ Rodríguez, "Igualdad, democracia y acciones afirmativas", 638-9.

³⁵⁷ Carbonell, "Neoconstitucionalismo", 227.

³⁵⁸ Juan Castillo, "Meritocracia y desigualdad económica", *Revista Internacional de Sociología*, n. ° 77 (2019): 1-15, doi.org/10.3989/ris.2019.77.1.17.114.

³⁵⁹ Rivera López, "Igualdad, libertad y mérito", 94.

que empezó la humanidad, porque es viable que “en una sociedad heterogénea puede considerarse conveniente la representación proporcional de los distintos grupos”.³⁶⁰

En última instancia, será la justicia constitucional la que decida, sobre la adecuación de las medidas que conllevan un trato desigual por razón de género.³⁶¹

En este sentido, la pregunta planteada en esta investigación, ha sido analizada por nuestra Corte Constitucional.³⁶²

La decisión examina la inconstitucionalidad propuesta contra el Art. 37 del instructivo del concurso para la designación de 101 juezas y jueces; también, de oficio, analiza el reglamento de los concursos para la judicatura, en el sentido de ver si el otorgamiento de dos puntos a las mujeres, quebrantó el derecho de igualdad.

La Corte alude a la igualdad formal y a la material, a como la primera de ellas resulta insuficiente en una sociedad democrática. Sostiene que las acciones afirmativas “no son una excepción al principio de igualdad sino un medio para promover el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones, en el presente caso, busca generar una mayor representación de las mujeres en cargos de autoridad en la función judicial”.³⁶³

La Corte para determinar si el tratamiento distinto es o no constitucional, acude a los pasos del test de igualdad y analiza cada uno de ellos (legitimidad del trato, la finalidad constitucional, la necesidad y la proporcionalidad). Para finalmente sostener que la concesión de los puntos “es una restricción media que tiene como propósito prevenir y proteger los derechos de un grupo que ha sido excluido históricamente, y la satisfacción que se va a generar es alta en relación a la intervención al derecho”.³⁶⁴ Por lo indicado, se establece que el dar dos puntos a las mujeres, no transgrede ninguna disposición constitucional.

A manera de crítica, diríamos que en esta resolución, la CC debió profundizar más sobre los pasos del test de igualdad, expresar porque la medida era la menos lesiva, frente a otras; sobre la proporcionalidad, debió indagar por qué trae más beneficiosos que perjuicios. También, debía solicitar al CJ el porcentaje actual de juezas en el país, para analizar la situación femenina en la judicatura. Además, así como lo hizo de oficio, podría haber examinado la preferencia de las mujeres cuando al final tenían los mismos puntos que los hombres, al momento de ser nombradas juezas.

³⁶⁰ Bossuyt, El concepto”, 36.

³⁶¹ Fernando Flores, “La jurisprudencia española y europea en materia de género”, en *Género y Derecho Constitucional*, coord. Fernando Flores (Quito: Corporación Editora Nacional, 2003), 119.

³⁶² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio n. °: 7-11-IA.

³⁶³ *Ibíd.*, párrafo 21.

³⁶⁴ *Ibíd.*, párrafo 36.

6. Análisis de los efectos de la aplicación de las acciones afirmativas en los concursos realizados por el CJ transitorio y por el CJ definitivo

La Constitución del Ecuador refuerza la vocación igualitaria dentro del ámbito judicial al establecer que “para el ingreso a la Función Judicial se observarán los criterios de igualdad, equidad, probidad”,³⁶⁵ esta disposición hay que relacionarla con el Art. 176 *ibídem*. De esta manera, el Ecuador se plantea como objetivo el equilibrio entre juezas y jueces,³⁶⁶ paridad entendida como “un instrumento de reivindicación del derecho a la igualdad, mediante el reconocimiento de la dualidad del género humano: hombres y mujeres”.³⁶⁷

Mediante correo electrónico,³⁶⁸ remitido por la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del CJ, se detalla que: **a)** a finales del año 2008, a nivel nacional habían 754 juezas y jueces, de los cuales, 633 eran hombres y 121 mujeres, las mujeres constituían el 16,04%; **b)** a fines del año 2011, convocado el primer concurso, el número de juezas y jueces subió a 932, dentro de los cuales, había 712 jueces y 220 juezas, las mujeres fueron el 23,60%; **c)** a finales del año 2013, con más concursos finalizados, se llegan a 1669 juezas y jueces, de ellos, 1106 fueron hombres y 563 mujeres, ellas representaban el 33,73%; y, **d)** a fines de 2018, entre juezas y jueces suman 2009, de los cuales, 1210 son hombres y 799 mujeres, las juezas representaron el 39,77%. Con lo expuesto, se tiene que aún no se ha alcanzado la paridad, es decir, persiste una subrepresentación de mujeres para el cargo de juezas, sin embargo, se tienen más juezas que las que había antes de los concursos.

En vista de que era necesario un cambio en la Función Judicial, empezando con la dotación del personal, cuando se tuvieron los recursos, arrancaron los concursos, en donde iba siendo aceptaba la paridad en la composición de los juzgados, comenzando por la CNJ, que al año 2014 tenía 9 juezas. Posteriormente, mediante resolución No. 113-2014, el 21 de junio de 2014, el CJ llamó a concurso para la renovación parcial de la CNJ, se anunciaron 7 vacantes, siendo designadas 3 mujeres y 4 hombres. Luego, a través de la resolución No. 55-2020, el 31 de mayo de 2020, el CJ citó a concurso para la siguiente renovación, que consistía en 9 vacantes, siendo designadas el 08 de enero de

³⁶⁵ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 170.

³⁶⁶ Bermúdez, “Hacia la igualdad”, 17-18.

³⁶⁷ Isabel Torres García, “Derechos Políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad”, *Revista de Derecho Electoral*, n. ° 10 (2010): 1.

³⁶⁸ Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, correo electrónico al autor, 24 de abril de 2018.

2021, 2 mujeres y 7 hombres. Actualmente, de las 21 personas, 5 son juezas y 16 jueces, representando las mujeres el 23,80%³⁶⁹ es decir, ha existido últimamente un retroceso, a pesar de la existencia de las acciones afirmativas.

Descendiendo a las Cortes Provinciales y juzgados de primer nivel del Ecuador, existen más de 600 juezas, lo cual ha servido para que nuestro país sea reconocido. Eso ha posibilitado que las mujeres tengan más representatividad.³⁷⁰

Algo que no se ha planteado es, ¿qué sucede con las juezas que deben mezclar su trabajo con las labores del hogar? Furtivamente, se genera un tratamiento distinto arbitrario. Así, a ellas les costará más seguirse preparando, no cumplirán las condiciones requeridas y no ascenderán de categoría,³⁷¹ es decir, que estando en la Función Judicial, si nos regimos a la carrera judicial que tiene peldaños, quienes van a tener más tiempo de capacitarse, obtener títulos de cuarto nivel, para seguir escalando, van a ser los jueces y no las juezas, por ende, si es que no les damos puntuación a esas labores de cuidado, entonces, ellas van a terminar siendo discriminadas indirectamente.

7. Factores aparte del género que se han tomado en cuenta en tales concursos

El Art. 15 del reglamento establece que en la fase de méritos, se darán dos puntos adicionales, a quien: se halle en situación de movilidad; presente alguna discapacidad que no le impida ejercer el cargo; esté domiciliado en una zona rural durante los últimos cinco años; pertenezca a los quintiles 1 y 2 de pobreza; se reconozca como parte de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, montubia o afroecuatoriana; y, sea mujer. Esto implica, que una persona que vaya participar para ser designado jueza o juez y reúna cualquiera de las características anteriores, se hace acreedor a dos puntos más, estableciendo como límite un techo de cuatro puntos. Sí, vemos esos requisitos, entonces, nos damos cuenta que la mayor parte, son grupos de atención prioritaria, que en el tiempo han sido discriminados, por lo tanto, es adecuado, necesario y proporcional que se hayan establecido estas acciones afirmativas.

Un factor que da puntos en los concursos es el ejercicio de la docencia universitaria, al respecto, vale decir que “aun cuando las mujeres laboren fuera de su

³⁶⁹ La revisión actual del número de juezas y jueces se lo hizo de página de la CNJ, <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/pages/conformacion-de-salas/167-15-conformacion-salas-jueces>, consulta el 24 de julio de 2022.

³⁷⁰ Ana María Vinuesa, “Historia de mujeres ecuatorianas en la administración de justicia”, *Ensayos Penales: Revista de la Corte Nacional de Justicia*, No. 08, (Febrero 2014): 94.

³⁷¹ Varios, *Protocolo para juzgar con equidad de género* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013), 39.

casa, conservan la responsabilidad social de realizar las tareas del hogar y de reproducción, lo cual no sucede en el caso de la mayoría de hombres”,³⁷² es decir, ellas siguen cumpliendo la doble jornada. Sí, las mujeres están pendientes de sus labores profesionales y de las actividades del hogar, entonces, tiene menos tiempo y existen bajas posibilidades de que ejerzan la docencia universitaria, “al no tener tiempo para estudiar, pues tienen que cumplir con sus obligaciones familiares y judiciales”.³⁷³

Otro asunto que otorga puntos son las publicaciones que se tengan. Sí, hacemos un repaso a la doctrina que referían nuestros docentes, entonces, tenemos que, en la mayor parte de los casos eran hombres, situación que no ha variado, por ello, se insiste en que “a la academia le resta una larga travesía por recorrer en su camino hacia la igualdad”.³⁷⁴

Otro aspecto que genera puntos, es la experiencia laboral, lo cual “constituye un requisito básico para el acceso a varios cargos públicos”³⁷⁵ que es más fácil que sea cumplido por los hombres, pues, generalmente, las mujeres no cumplen este requisito.

Todo lo anterior, hace que un porcentaje de ellas, nos referimos a quienes laboran en los juzgados, permanezcan en la base del triángulo ocupacional, desempeñándose como asistentes o secretarías, y que para llegar a ser juezas, que sería la cima, deban bregar mucho, esto ha sido llamado como el “techo de cristal”, que alude al hecho de que “las mujeres están subrepresentadas en los puestos más altos de todas las jerarquías ocupacionales”.³⁷⁶ Precisamente, dentro de los factores que contribuyen a que ese fenómeno persista, están el mantenimiento en manos de ellas de las labores domésticas, la desatención de ellos en esos trabajos, la falta de inclusión de la perspectiva de género en las políticas públicas laborales y los estereotipos que atañen a la colectividad,³⁷⁷ mientras no exista un cambio de todas y todos, este techo coexistirá.

³⁷² *Ibíd.*

³⁷³ Karla Ruiz Calvo y Carlos Soto Morales, “Acciones afirmativas para alcanzar la equidad de género en la selección de jueces del Poder Judicial de la Federación de México: una propuesta” *Revista del Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial* 37, (2014): 149, <https://CASMorales,KERCALVO-escuelajudicial.cjf.gob.mx>.

³⁷⁴ Esther Escolano, “Discriminación en un medio meritocrático: Las profesoras en la Universidad Española”, *Revista Mexicana de Sociología* 68, n. ° 2 (2006): 238, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32112599002>.

³⁷⁵ Castro Llerena, “Derechos de participación”, 53.

³⁷⁶ Mabel Burin, “Las fronteras de cristal en la carrera laboral de las mujeres, género, subjetividad y globalización”, *Anuario de Psicología* 39, n. ° 1 (2008): 76, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=97017401006>.

³⁷⁷ Carolina Cárdenas, *El techo de cristal: cultural organizacional y género (ESPE, 2009-2019)* Serie Magister, 321 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2021), 36-7.

En línea con lo anterior, ahora que muchas empresas transnacionales implantan sus factorías en otros países, debido al bajo costo de la mano de obra, eso hace, que ellas no sólo tengan que subir hacia el techo sino atravesar las “fronteras de cristal”, que se refiere a la situación en donde ellas si desean seguir trepando “deben decidir entre la familia o el trabajo”³⁷⁸ cuando el ejercicio de puestos directivos se da en otros países.

Aunque estos fenómenos (techo y fronteras de cristal) no están positivizados, es decir, no existe ninguna norma que prohíba el ascenso de ellas, empero, en la práctica existen costumbres arraigadas que indirectamente les limitan a ellas en lo que tiene que ver con su avance,³⁷⁹ privándoles del despliegue de sus capacidades.

8. Desafíos de las acciones afirmativas para mujeres desde un enfoque interseccional

Entre una de las clasificaciones de feminismos tenemos: “las esencialistas de género y las antiesencialistas de género”.³⁸⁰ Las primeras piensan que ellas solo deben luchar por la opresión de género. Las segundas sostienen que las mujeres no solo deben ser reivindicadas por el género, sino que hay múltiples factores por los que pueden ser discriminadas, tales como: la orientación sexual, la etnia, la clase, etc.³⁸¹

Se critica a las esencialistas, porque no pregonaban un feminismo para todas, sino que privilegiaban el punto de vista de clase de un prototipo de mujer (blanca, heterosexual, de clase alta) haciendo caso omiso de las discriminaciones que por disímiles componentes sufren otras.³⁸² Por eso, el reglamento da dos puntos por ser afroecuatoriana, indígena, residir en una zona rural, ser pobre, estar en situación de movilidad o adolecer de alguna discapacidad, porque las mujeres que encajan en estas situaciones, sufren varias discriminaciones, primero por ser mujeres y después por poseer esas calidades, por ello, se requiere que los Estados tomen acciones transitorias “para eliminar esas formas de discriminación múltiple contra la mujer”.³⁸³ Por ejemplo, la CEDAW indica que “los Estados deben considerar medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en zonas rurales”,³⁸⁴ situación acogida por el CJ.

³⁷⁸ Mabel Burin, “Las fronteras de cristal”, 83.

³⁷⁹ *Ibíd.*, 84.

³⁸⁰ Jaramillo, “La crítica feminista”, 119-20.

³⁸¹ *Ibíd.*

³⁸² Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición postsocialista* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997), 236-37.

³⁸³ Recomendación General No. 05 del Comité de la CEDAW, párrafo 12.

³⁸⁴ ONU Asamblea General, *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18 de diciembre de 1979, Art. 14.2.

En 1989, Kimberlé Crenshaw teniendo como antecedente, el cuestionamiento a la postura esencialista del género, utilizó la locución interseccionalidad en un caso legal. Este uso tenía como propósito visibilizar las variadas discriminaciones que por su color de piel y por su sexo, sufrían las mujeres en la empresa General Motors.³⁸⁵

Aunque la interseccionalidad, en un inicio hizo entrever que el feminismo no tomó en cuenta las solicitudes de las mujeres negras, luego, se vio que tampoco consideró las demandas de las mujeres empobrecidas y de orientaciones sexuales distintas a la heterosexualidad.³⁸⁶

Uno de los calificativos que se han dado a las mujeres es que son débiles, por el contrario, se manifiesta que los hombres son fuertes. Esa situación ha hecho que a ellas se les indique que deben estar bajo la protección de un hombre, por ejemplo, antes para ejercer el comercio debían solicitar el permiso a su esposo. Sin embargo, esta debilidad no ha sido vivenciada por las mujeres negras, pues ellas han realizado actividades para las que se requiere mucha energía física, esto implica, que para ellas el género es un factor de segregación, empero, no el único.³⁸⁷

Otra situación que miran las acciones afirmativas y que se plasma en el reglamento, es la pobreza, pues lo que se pretende mediante la adopción de aquellas, es compensar la falta de oportunidades y acceso a los servicios sociales de quienes no cuentan con los recursos suficientes, eso ha hecho que sean minusvalorados, entonces, para lograr una verdadera igualdad, es imperioso que cuando concursen esas personas, se les dé un trato especial, porque solo así se tendrán decisiones más diversas, en donde nos enriqueceremos con su punto de vista.³⁸⁸

La pobreza ataca más a las mujeres, porque ellas siguen cumpliendo las labores en su hogar, por las cuales no son remuneradas, mientras, ellos salen a trabajar afuera y cobran. Y aunque ellas reciban un estipendio, éste es menor en comparación con el de ellos, así, en Ecuador “las mujeres tiene un promedio mensual de \$ 262,6, mientras que

³⁸⁵ Mara Viveros Vigoya, “La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación”, *Debate Feminista* 52, (2016): 1-17, doi: 10.1016/j.df.2016.09.002.

³⁸⁶ Dolores Morondo, “La interseccionalidad entre teoría del sujeto y perspectiva de análisis: algunos apuntes desde la teoría del derecho antidiscriminatorio”, en *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, coord. Mariacaterina La Barbera y Mart Cruells (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016), 486.

³⁸⁷ Sueli Carneiro, “Ennegrecer al feminismo. La situación de la mujer negra en América Latina desde una perspectiva de género”, en *Nouvelles Questions Féministes*, Vol. 24, No. 2 Fem-e-libros, 2005, 21-26.

³⁸⁸ Carlos de La Torre Martínez, “Pobreza y acciones afirmativas”, en *Acciones afirmativas*, coord. Mario Santiago Juárez (México: Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2011), 226.

el de los hombres es de \$ 309,9”.³⁸⁹ Sí, las mujeres no tienen recursos monetarios, porque el tiempo no les da para cumplir otras tareas o porque no ganan igual que ellos, entonces, van a ser excluidas,³⁹⁰ porque sufren una doble discriminación, por ser mujer, y por ser pobre.

Ligada a la pobreza está la residencia en zona rural, pues, estando en ese sitio, es muy difícil que una mujer pueda acceder a una educación, prepararse para ser abogada y luego participar en un concurso para jueza, porque lastimosamente el campo no es un polo de desarrollo en términos materiales, como sí lo son las zonas urbanas.

Otro contexto por el cual las mujeres son discriminadas es cuando poseen una orientación sexual que no sea la heterosexual, pues, según el binarismo de género, sexual y erótico, alguien es un hombre y tiene cuerpo masculino, o es mujer y posee cuerpo femenino, bajo esta lógica, no se admite la existencia de otras identidades y orientaciones sexuales, como la homosexualidad, la bisexualidad, entre otras.³⁹¹ Si para los hombres que tienen una orientación distinta a la heterosexualidad, persiste la discriminación, no se diga para una mujer que ha optado por una orientación diferente.

El reglamento de los concursos, en la fase de los méritos otorga dos puntos por distintas categorías, entre ellas: ser afroecuatoriana, pobre, indígena, vivir en una zona rural, estar en los quintiles de pobreza, por ende, considera la interseccionalidad, es decir, que a una mujer que padece una variada discriminación, le darían puntos extras que no los tendría un hombre blanco, de clase media, heterosexual, empero, el reglamento no da puntos por tener una orientación diferente a la heterosexualidad, y eso es una de las cuestiones que podría agregarse.

El sorteo, como mecanismo de desempate entre dos mujeres que llegan al final del concurso y se le tenga que nombrar como jueza a quien salió beneficiada, es un tema que podría mejorarse en el reglamento, porque no considera las características de cada una de ellas. Sería razonable que cuando se nivelan dos mujeres, se prefiera de forma automática a una mujer negra, indígena, de zona rural, de identidad u orientación sexual diferente, o que posea unas capacidades especiales que no le impidan ejercer el cargo, por sobre una mujer prototipo, porque si ya de por sí, las mujeres están infrarrepresentadas en los puestos decisorios, no se diga las mujeres que adolecen una

³⁸⁹ Consejo Nacional para la igualdad de género, “*Mujeres y Hombres*”, 143.

³⁹⁰ Irma Arriagada, “Dimensiones de la pobreza”, 101-113.

³⁹¹ Cristina Palomar Vereá, “Veinte años de pensar el género”, *Debate Feminista* 52, (2016): 46, doi: 10.1016/j.df.2016.09.002.

múltiple discriminación.³⁹² Por ello, las acciones afirmativas persiguen la igualdad entre todas y todos.

Si abrimos aún más el abanico de posibilidades, para que más mujeres diversas tengan la posibilidad de ser elegidas juezas, lograremos “un ambiente más diverso habrá una mejor interacción entre los jueces, las juezas y la comunidad que les rodea”,³⁹³ siendo mayor la validez de sus decisiones.

Contrario a lo que podría esperarse, no todas las mujeres (especialmente las profesionales) son conscientes de la segregación que existe en su contra. De ahí que, estas mujeres manifiesten que a lo largo de su vida, los hombres que han estado a su lado, ya sea como padres, esposos o hermanos, nunca les han discriminado, sin embargo, la segregación por el sexo es un problema estructural, que en algún momento, ya sea directa o indirectamente, ellas lo padecieron.³⁹⁴

El otorgamiento de dos puntos es algo que debería conservarse hasta que se equiparen los géneros en la judicatura, porque la inclusión de acciones afirmativas ha sido concebida como algo bueno. Así, en Argentina, al referirse al mecanismo de designación de los jueces, se expresa que “si algún tipo de acción afirmativa hubiera desempeñado algún rol en el procedimiento de selección, las mujeres mejor posicionadas en los concursos hubieran podido tener una proporción mayor de los nombramientos”.³⁹⁵ Como en México tampoco se contemplan las acciones afirmativas en los concursos judiciales, la doctrina ha recomendado que para lograr “efectivamente a la paridad y nivelar la desigualdad estructural de que son objeto, se propone otorgar a las mujeres aspirantes un número de puntos equivalente al 10% del puntaje total”,³⁹⁶ situación que si la trasladamos al Ecuador, tendríamos que darles a las mujeres diez puntos, en vez de dos, situación que parece exagerada.

El tema a debate sería si los dos puntos se siguen dando al inicio o si esperamos a que lleguen al final, y allí se les otorga, con lo cual, se propendería aún más a la paridad. Si comparamos con los puntos extras que se daban en los Estados Unidos a los estudiantes de las minorías étnicas, estos les sirven al momento del examen. En cambio,

³⁹² Michel Rosenfeld, “Conceptos clave y delimitación del ámbito de las acciones afirmativas”, en *Acciones afirmativas*, coord. Mario Santiago Juárez (México: Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2011), 56.

³⁹³ Jorge Celis-Giraldo, “Las acciones afirmativas en educación superior: el caso de los Estados Unidos”, *Revista Educación y Educadores*, n. ° 12 (2009): 111. Disponible en www.redalyc.org.

³⁹⁴ Alda Facio, *Cuándo el género suena cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)* (San José: ILANUD, 1992), 77.

³⁹⁵ Bergallo, “Un techo de cristal”, 413.

³⁹⁶ Ruiz Calvo y Soto Morales, “Acciones afirmativas”, 163.

en los concursos solo les valen en la etapa de los méritos, después, las pruebas de oposición, que tienen un porcentaje del 65% (a excepción del concurso para la CNJ) serán determinantes para establecer a las personas ganadoras.

Una cuestión que debería analizarse es ¿porque el reglamento replica un modelo masculinizado para seleccionar a juezas y jueces? Esto ocurre en la etapa de los méritos, en donde “las definiciones de los méritos se basan en prototipos de éxito profesional que pueden desvalorizar las biografías femeninas y desincentivar a las candidatas”³⁹⁷ porque no pensar en que en el reglamento se incluyan dos puntos a las abogadas que no ha podido laborar después de graduarse, por estar en las labores de crianza. O que se genere un fondo de investigaciones solo para ellas, para que puedan publicar sus trabajos académicos. O que el Estado cree más centros de estimulación temprana, para que ellas les puedan dejar a sus hijas e hijos allí, mientras laboran.

Todo lo anterior, se resume en “tomar conciencia de la subordinación del género femenino al masculino en la experiencia personal”.³⁹⁸ Esto demanda que todas y todos capacitemos en temas de género desde edades muy tempranas, que la educación y todas nuestras actividades sean pensadas con perspectiva de género, empezando por nuestros hogares, porque solo así replicaremos en la sociedad los valores adquiridos.

Al culminar este capítulo se debe indicar que las acciones afirmativas que se han establecido para las mujeres en el reglamento de los concursos, son adecuadas, necesarias y proporcionales, que el hecho de que se les den puntos, por ser tales, o que se las elija al final cuando estén en equivalencia de puntos con un hombre, siempre que no exista alguna circunstancia que haga inclinar la balanza en beneficio de aquel, por tratarse de un hombre que pertenezca a un grupo minusvalorado, de ninguna manera, atenta el principio de igualdad, al contrario, lo reafirma, ya que mira la igualdad en la esencia. No obstante, la obtención de dos puntos o la preferencia, no es una garantía de que ellas ganen el concurso, pues hay otros parámetros que son objeto de puntuación (experiencia laboral, docencia, méritos) y quienes tienen más posibilidades de obtenerlos son los hombres, de ahí que, no hayamos logrado aún la paridad.

³⁹⁷ Bergallo, “Un techo de cristal”, 375.

³⁹⁸ Facio, “Metodología”, 182.

Conclusiones

La igualdad ha sufrido varios cambios en la historia. Inicialmente, se pensaba que aquella se cumplía tratando de idéntica forma a los parecidos y distinto a quienes no lo eran, se decía que los hombres o los amos por naturaleza, eran superior a las mujeres y a los esclavos, con lo cual, no se podía cuestionar ese régimen. Luego, a la igualdad se le da la categoría de norma jurídica, con lo cual, al menos tenía fuerza de ley, sin embargo, esa igualdad formal que se profesaba, era solo entre quienes eran ciudadanos y se bifurcaba en una igualdad en la fabricación y en la aplicación de las leyes. Después, en base a las demandas sociales que evidenciaban que esta igualdad era insuficiente y consolidaba privilegios, florece la igualdad material, que parte del supuesto de que cada persona tiene características innatas y que las estructuras de la sociedad, no ha permitido que tenga las mismas oportunidades de acceso, ahí, se demanda un rol activo del Estado que no deje los problemas como están, sino que, cuando las circunstancias lo ameriten, otorgue un trato diferente a los grupos minusvalorados.

La discriminación implica que no se puede dar un tratamiento arbitrario, a dos personas que posean las mismas características, por ello, se la proscribió, apareciendo las categorías por las cuales no se puede excluir a las personas o grupos, dentro de las cuales, la más visible, es el género. Se verificó que en ocasiones un trato que en apariencia puede resultar neutro, en la práctica, puede ser discriminatorio, y es ahí en donde se vedaron las discriminaciones directas y las indirectas.

Como una herramienta para lograr la igualdad material, nacieron las acciones afirmativas, que pueden constar en la normativa o adoptarse como políticas públicas. Estas herramientas están dirigidas para los grupos desaventajados, que aunque se les ha criticado, porque vulnerarían el principio de igualdad, el de mérito o las capacidades, no obstante, vimos que aquellas buscan la igualdad material como forma de alcanzar la igualdad como principio general; y, a pesar de las diatribas que se han esgrimido en contra de las acciones afirmativas fuertes, nadie puede dudar que traen más beneficios que perjuicios, pues, constituyen un paso para que la diversidad social participe en todos los espacios, reduciendo brechas y privilegios.

Aunque las acciones afirmativas aplicadas en los concursos son adecuadas y necesarias, ello no supone que no puedan ser revisadas de forma periódica, pues uno de sus elementos es la temporalidad. Para que no se conviertan en herramientas arbitrarias

deben ser analizadas en un proceso democrático, donde acudan las juezas beneficiarias de tales acciones, las organizaciones sociales o los observatorios, para evaluar si ese programa de acción afirmativa ha permitido alcanzar la paridad en la judicatura. Esta situación pudo haber sido hecha por la CC, cuando conoció la inconstitucionalidad del reglamento de los concursos, sin embargo, no se lo hizo.

Si bien, las acciones afirmativas han permitido que las juezas pasen de constituir el 16,04% del total en 2008, al 39,77% en 2018, o que por ejemplo en el primer concurso para la CNJ ellas representaren el 42,85%, eso por sí mismo, no implica que automáticamente ellas tenga una concepción crítica del género y por ello es necesario que estas acciones vayan acompañadas de propuestas de sensibilización y capacitación sobre las brechas de desigualdad en el ejercicio de sus cargos.

Al analizar los reglamentos de los concursos se evidenció que la mayor brecha entre ellas y ellos, ocurre en la fase de méritos, que en promedio dan 15 puntos, en donde se prioriza la experiencia laboral, la docencia universitaria, los estudios de cuarto nivel y las publicaciones, que todavía son espacios masculinizados, y son ellos quienes tienen más probabilidades de obtener puntos, en detrimento de ellas, que aún deben cumplir con la doble o triple jornada, invirtiendo más horas de trabajo que ellos. Por lo tanto, el Estado debe combatir este problema estructural, procurando una democratización de las labores del hogar, es decir, que ellas y ellos, asuman por igual la crianza y cuidado de sus hijas e hijos, ya que, solo así se podrá lograr una verdadera igualdad. Al contrario, en este momento, ellas sufren una cadena de discriminaciones, así, si ellos acreditan más experiencia laboral, es porque se desenvuelven en el espacio público, ellos tienen más probabilidades de ser docentes universitarios, eso les abre las puertas para seguir estudiando y para publicar, cuestiones que no las van a poder cumplir ellas, o porque no trabajan, o porque si laboran ganan menos que los hombres, y eso no les permite invertir en los estudios, y si ellas quieren llegar a ser juezas de corte provincial deben tener al menos siete años de experiencia, o si desean subir un poco más y aspirar ser juezas de la CNJ deben acreditar diez años de ejercicio profesional, entonces, porque no pensar en que las labores domésticas sean susceptibles de valoración en los concursos.

Luego de esta investigación, concluimos en que las acciones afirmativas que se establecieron en los concursos en el tiempo escogido, son adecuadas, necesarias y proporcionales desde el ámbito constitucional, estableciendo, que en el caso de la preferencia automática, también, se deben examinar las características del hombre con

el que empató la mujer. Asimismo, las acciones afirmativas aparte de ser reconocidas por nuestra Constitución, han permitido que más mujeres accedan a la función jurisdiccional, que no es cierto que atentan la igualdad formal y el mérito, porque si dijéramos que es así, las situaciones no hubieron variado, es decir, la representación de las mujeres en los juzgados sería aún menor, al contrario, las acciones afirmativas permiten lograr una mayor igualdad, ya que “la igualdad formal y sustancial son complementarias”.³⁹⁹ Y a pesar de que esas acciones han sido incluidas, persiste la desigualdad entre ellas y ellos, por ello, deben mantenerse en el tiempo.

Si bien, las acciones afirmativas han permitido la existencia de más juezas, esto implica, una transición hacia la igualdad, no obstante, esta investigación se limitó a verificar la necesidad de adoptar esas herramientas, de verificar los porcentajes de mujeres que accedieron a partir de los concursos, las principales falencias a las que se enfrentan, en especial, en la valoración de los méritos. Con esta contribución, próximas investigaciones podrán abordar el problema de las mujeres en los concursos con la finalidad de establecer qué clase de mujeres son las que se han llegado a convertirse en juezas, porque se tiene la impresión, que la mayoría de ellas, reúnen las características del prototipo de mujer (blanqueada, heterosexual, de clase media) que solo lucha por la opresión que vive en razón del género, sin embargo, sería bueno otros abordajes que analicen la situación de las mujeres en sus diversidades (negras, lesbianas, empobrecidas, entre otras) en el acceso a la judicatura, ya que incluso puede ser que algunas de ellas ni siquiera puedan participar por la falta de oportunidades.

³⁹⁹ Mendoza, *Identidades Femeninas*, 84.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Álvarez, Silvina. “Igualdad y representación de las mujeres: el impacto político, social, y cultural”. En *La Constitución en 2020*, coordinado por Roberto Gargarella, 52-60. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- Antón Sánchez, Jhon. “Afroecuatorianos: reparaciones y acciones afirmativas”. En *Pueblos afrodescendientes y derechos humanos: de reconocimiento a las acciones afirmativas*, editado por Viviana Pila, Jhon Antón Sánchez y Danilo Caicedo, 331-364. Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2011.
- Añón, María José. *Igualdad, diferencias y desigualdades*. México: Fontamara, 2001.
- Arias, Doris. “Transversalidad en la administración de justicia”. En *Pensamiento Jurídico Feminista, Deconstruir del derecho, repensar el mundo*, coordinado por Rosaura Chinchilla, 85-93. San José: Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Arriagada, Irma. “Dimensiones de la pobreza y políticas desde una perspectiva de género”. En *Revista de la CEPAL*, n.º 85 (Abril, 2005), 101-113.
- Arroyo, Roxana. “La igualdad un largo camino para las mujeres”. En *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo y Angélica Porras, 421-447. Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2010.
- Arteaga, Rosalía. Entrevistada por Lara Malvesí Reikiavik. *Diario La Hora*. 1 de diciembre de 2018. <https://www.lahora.com.ec/noticias/rosalia-arteaga-el-lugar-mas-peligroso-para-una-mujer-es-su-propia-casa/>.
- Atienza, Manuel. “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19 (1996): 111-122, doi:10.14198/DOXA1996.19.06.
- . *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Ávila, Ramiro. “Los principios de aplicación de los derechos”. En *La Constitución de 2008 en el contexto andino*, editado por Ramiro Ávila, 39-72. Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V&M Gráficas, 2008.
- Ballestero, Maria Vittoria. “Igualdad y acciones positivas”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2006): 59-76, doi:10.14198/DOXA2006.19.06.

- Barbieri, Teresita. "Acciones afirmativas: antecedentes, definición y significados". En *Memorias del Foro Mujeres y Política*, 28-34. Brasilia: Instituto Nacional de las Mujeres, 2002.
- Barrére Unzueta, María Ángeles. "Igualdad y discriminación afirmativa: "Un esbozo de análisis teórico conceptual". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 9 (2003): 2-27. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=759143>.
- Bergallo, Paola. "¿Un techo de cristal en el poder judicial? Selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires". En *el derecho a la igualdad*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, 369-426. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- y Gherardi, Natalia. "Trabajo". En *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo I, editado por Cristina Motta y Macarena Sáez, 127-266. Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2008.
- Bermúdez, Violeta. *Hacia la igualdad de género en el sistema de justicia*. Lima: DEMUS-Estudio para la defensa de los derechos de la mujer, 2009. http://www.demus.org.pe/fotos/38e_seriejg_acciones_afirmativas.pdf.
- . "Mujer e igualdad política". En *Derechos Humanos de las mujeres: aproximaciones conceptuales*, coordinado por Violeta Bermúdez, 99-134. Lima: Manuela Ramos, 1996.
- Bernal Pulido, Carlos. "El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". En *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo y Angélica Porras, 451-482. Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2010.
- . *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Berzosa Webster, Juanita. "Las mujeres como candidatas en los procesos electorales en Ecuador desde el retorno a la democracia, a propósito de las elecciones de 2021". *Boletín Académico, Sociología y Política Hoy*, n.º 5 (2021): 111-124. <https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/hoy/article/view/3252>.
- Bobbio, Norberto. "La naturaleza del prejuicio: racismo, hoy, iguales y diferentes". En *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo y Angélica Porras, 183-215. Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2010.

- Borowski, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 25. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Bossuyt, Marc. *El concepto y la práctica de la acción afirmativa: informe presentado a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 17 de junio de 2002. <http://www.un.org/es/ecosoc/>.
- Burin, Mabel. “Las fronteras de cristal en la carrera laboral de las mujeres, género, subjetividad y globalización”. *Anuario de Psicología* 39, n. ° 1 (2008): 75-86. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=97017401006>.
- Cajas Córdova, Andrea. “Igualdad de género en la Constitución de 2008”. *Foro: Revista de Derecho*, n.° 16 (2011): 139-152, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2804/1/RAA-29%20Andrea%20Karolina%20Cajas%20C%3%B3rdova%2C%20Igualdad%20de%20G%3%A9nero%20%20la.pdf>.
- Carbonell, Miguel. “La perspectiva de género en el análisis constitucional”. En *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, coordinado por Juan Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez, 27-43. México: Fontamara, 2010.
- . *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010.
- Cárdenas, Carolina. *El techo de cristal: cultural organizacional y género (ESPE, 2009-2019)* Serie Magister, 321. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2021.
- Carmona, Encarna. “El principio de igualdad material en la Constitución europea”, *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n. ° 8, (2004): 1-21. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19182>.
- Carneiro, Sueli. “Ennegrecer al feminismo. La situación de la mujer negra en América Latina desde una perspectiva de género”. En *Nouvelles Questions Féministes*, Vol. 24, No. 2 Fem-e-libros, 2005, 21-26.
- Castellanos, Gabriela. “Sexo, género y feminismo: tres categorías en pugna”. En *Familia, Género y Antropología: desafíos y transformaciones*, editado por Patricia Tovar Rojas, 31-65. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2003.
- Castillo, Juan. “Meritocracia y desigualdad económica”, *Revista Internacional de Sociología*, n. ° 77 (2019): 1-15. doi.org/10.3989/ris.2019.77.1.17.114.

- Castro Llerena, Catalina. “Derechos de participación y acceso de la mujer a cargos públicos”. En *Memorias de la III Conferencia de la Justicia Electoral en Iberoamérica*, 47-71. Quito: Tecnoprint, 2012.
- Celis-Giraldo, Jorge. “Las acciones afirmativas en educación superior: el caso de los Estados Unidos”, *Revista Educación y Educadores*, n. ° 12 (2009): 103-117. <http://www.redalyc.org>.
- CEPAL. *Informe Anual 2012: Los bonos en la mira, aporte y carga para las mujeres*. Santiago de Chile: Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe, 2012.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Juicio n. °: C-040/95*. 9 de febrero de 1995. <http://www.corteconstitucional.gov.co>.
- . “Sentencia”. En *Juicio n. °: C-022/96*. 23 de enero de 1996. <http://www.corteconstitucional.gov.co>.
- . “Sentencia”. En *Juicio n. °: C-371/2000*. 29 de marzo de 2000. <http://www.corteconstitucional.gov.co>.
- Consejo de las Comunidades Europeas, “*Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo*”. 09 de febrero de 1976. <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0207:ES:HTML>.
- Consejo Nacional para la igualdad de género. *Mujeres y Hombres en Cifras IV: una mirada estratégica desde el género y las diversidades*. Quito: S.e, 2021.
- Constituciones Ecuatorianas I*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- Cook Rebeca y Cusak Simone. *Estereotipos de género, perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia, 2010.
- Córdoba, Marcos. *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- Corte IDH. “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas”, *Caso Attala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, https://corteidh.or.cr/docs/articulos/seriec_239_esp2.pdf.
- Days III, Drew. “Acción afirmativa”. En *Derecho y grupos desaventajados*, compilado por Roberto Gargarella, 41-65. Barcelona: Gedisa, 1999.
- De La Torre Martínez, Carlos. “Pobreza y acciones afirmativas”. En *Acciones afirmativas*, coordinado por Mario Santiago Juárez, 215-232. México: Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2011.

Diccionario de la Real Academia Española, accedido el 24 de mayo de 2014.
<http://lema.rae.es/drae/?val=igualdad>.

Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, correo electrónico al autor, 24 de abril de 2018.

Dulitzky, Ariel. “Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”. En *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo y Angélica Porras, 575-612. Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2010.

Ecuador. *Código del Trabajo*. Registro Oficial 167, Suplemento, 16 de diciembre de 2005.

———. *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009.

———. *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

———. Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, *Reglamento del Concurso de Méritos y Oposición para la selección y designación de la Fiscal General del Estado*. Registro Oficial No. 345, 21 de diciembre de 2010.

———. Consejo Nacional de la Judicatura, <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/50-concurso-101-jueces-y-juezas/217-concurso-101-jueces-y-juezas>.

———. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/48/215-concurso305jueces>.

———. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/48/215-concurso1284jueces>.

———. *Instructivo para el concurso de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social, para la selección y designación de juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia*. Registro Oficial 539, 25 de agosto de 2011.

———. *Instructivo para el concurso de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social, para la selección y designación de juezas y jueces de la Corte Provincial, Tribunales Penales y de Juzgados de primer nivel*. Registro Oficial 643, 17 de febrero de 2012.

- . *Reglamento de concursos de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social para la selección y designación de servidoras y servidores de la función judicial*. Registro Oficial 519, 24 de agosto de 2011.
- . *Reglamento sustitutivo de concursos para la selección y designación de servidoras y servidores de la función judicial*, Registro Oficial No. 789 14 de septiembre de 2012.
- . Consejo Nacional Electoral. Elecciones Seccionales 2019. *Consejo Nacional Electoral*. 2019. <https://www.cne.gob.ec/estadisticas/publicaciones/>.
- . Elecciones Generales 2021, *Consejo Nacional Electoral*, 2021. <https://www.cne.gob.ec/estadisticas/publicaciones/>.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- . Corte Constitucional, “Sentencia”. En *Juicio No. 0005-08-AN*. 02 de abril de 2009, 26-27, <http://www.corteconstitucional.gob.ec>.
- . “Sentencia”. En *Juicio No. 7-11-IA/19*. 28 de octubre de 2019, <http://www.corteconstitucional.gob.ec>.
- . “Sentencia”. En *Juicio No. 002-09-SEP-CC*. 05 de mayo de 2009 <http://www.corteconstitucional.gob.ec>.
- . Corte Nacional de Justicia, “Paulina Aguirre Suárez, primera presidenta mujer de la CNJ de Ecuador”, accedido el 30 de enero de 2022, <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/noticias/97-enero-2018/147-paulina-aguirre-suarez-primera-presidenta-mujer-de-la-corte-nacional-de-justicia-de-ecuador>.
- . Corte Suprema de Justicia, *Políticas Generales para que sean aplicadas por el Consejo de la Judicatura*. Registro Oficial 89, 22 de mayo de 2007.
- . <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/pages/conformacion-de-salas/167-15-conformacion-salas-jueces>, consulta el 24 de julio de 2022.
- . Escuela Superior Militar Eloy Alfaro. Accedido 03 de junio de 2014, <https://www.esmil.mil.ec>.
- . Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. “Censo Poblacional”, Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos. Accedido el 27 de abril de 2020. <http://www.inec.gob.ec/estadisticas>.

- . “*Cuenta Satélite del Trabajo no Remunerado de los Hogares (CSTNRH)*”, accedido 20 de marzo de 2022, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/cuenta-satelite-del-trabajo-no-remunerado/>.
- . *Ley de Amparo Laboral de la Mujer*. Registro Oficial 124, 6 de febrero de 1997.
- . *Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad*. Registro Oficial 283, 07 de julio de 2014.
- . *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Registro Oficial 938, 06 de febrero de 2017.
- . *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial 294, Segundo Suplemento, 06 de octubre de 2010.
- . *Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador*. Registro Oficial 578, Suplemento, 27 de abril de 2009.
- Elósegui Itsaxo, María. *Las acciones afirmativas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Entrena Vásquez, Luz. “Constitución y acciones afirmativas. El sistema de cuotas de participación política de mujeres en Ecuador”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, 501-516. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, Mastergraf, 2005.
- Escolano, Esther. “Discriminación en un medio meritocrático: Las profesoras en la Universidad Española”. *Revista Mexicana de Sociología* 68, n. ° 2 (2006): 231-263. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32112599002>.
- Fabregat Monfort, Gemma. *Las medidas de acción afirmativa: la posibilidad de una nueva tutela discriminatoria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Facio, Alda. *Cuándo el género suena cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: ILANUD, 1992.
- . “El principio de igualdad ante la ley”. En *Derechos Humanos de las mujeres: aproximaciones conceptuales*, coordinado por Violeta Bermúdez, 71-98. Lima: Manuela Ramos, 1996.
- . “Hacia otra teoría crítica del derecho”. En *Género y Derecho*, editado por Alda Facio & Lorena Fries, 201-233. Santiago de Chile: Ediciones La Morada, 1999.

- & Fries Lorena. “Feminismo, género y patriarcado”. En *Género y Derecho*, editado por Alda Facio & Lorena Fries, 21-74. Santiago de Chile: Ediciones La Morada, 1999.
- . “La Carta Magna de todas las mujeres”. En *El género en el derecho: ensayos críticos*, editado por Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, 541-558. Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2009.
- . “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”. En *El género en el derecho: ensayos críticos*, editado por Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, 181-224. Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2009.
- Faúndez, Julio. *Acciones afirmativas en el empleo y la ocupación: perspectivas internacionales*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000.
- Fernández, Encarnación. *Igualdad y derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 2003.
- Flores, Fernando. “La jurisprudencia española y europea en materia de género”. En *Género y Derecho Constitucional*, coordinado por Fernando Flores, 101-119. Quito: Corporación Editora Nacional, 2003.
- Francia. *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Asamblea Nacional Constituyente, 26 de agosto de 1789.
- Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997.
- Frías Lorena y Lacrampette Nicole, “Feminismos, Género y Derecho”. En *Derechos Humanos y mujeres: Teoría y práctica*, editado por Nicole Lacrampette, 33-49. Santiago: Universidad de Chile, 2013.
- Galán Sánchez, Fabio. *La acción afirmativa como desarrollo del principio de igualdad*. Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, 2000.
- Garay, Alberto. *La igualdad ante la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- García Añón, José. “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”. En *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, 309-337. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Gaviria Díaz, Carlos. *Sentencias: herejías constitucionales*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2002.

- Giménez Gluck, David. “Caracteres constitucionales de la acción afirmativa”. En *La justicia constitucional en el Estado democrático*, coordinado por en Eduardo Espín, 331-344. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Guerra Rodríguez, Elsa. “Hacia una pedagogía crítica de género: una propuesta para las carreras de Derecho en Ecuador”. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/8714>.
- Herrera, Miguel. La designación de jueces en Ecuador: en búsqueda de una nueva legitimidad. *Íconos Revista de Ciencias Sociales*, n.º 72 (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, 2022): 119-137. <https://doi.org/10.17141/iconos.72.2022.4787>.
- Index Mundi. “Población rural en Ecuador”. Accedido 28 de noviembre de 2022. <https://www.indexmundi.com/es/datos/ecuador/poblaci%C3%B3n-rural>.
- Iglesias Vila, Marisa. “Acción afirmativa y género en la Unión Europea”. En *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*, coordinado por Juan Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez, 175-207. México: Fontamara, 2010.
- Jaramillo, Isabel Cristina. “La crítica feminista al derecho”. En *El género en el derecho: ensayos críticos*, editado por en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, 103-133. Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2009.
- Juárez, Mario Santiago. *Igualdad y acciones afirmativas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2007.
- Laporta, Francisco. “El principio de igualdad: introducción para su análisis, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 67 (1985): 3-32. https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Laporta%2C+Francisco.+%E2%80%9CEl+principio+de+igualdad%3A+introducci%C3%B3n+para+su+an%C3%A1lisis%2C+Sistema%2C+n%C3%BAmero+67.+Madrid%3A+1985.+&btnG=.
- Lizano, Paula. “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional”. En *Justicia, libertad y derechos humanos*. San José: IIDH, 2003: 355-375.
- López Guerra, Luis. “Constitución y Género”. En *Género y Derecho Constitucional*, coordinado por Fernando Flores, 15-36. Quito: Corporación Editora Nacional, 2003.

- Maffía, Diana. “La utopía feminista: igualdad y diferencia”. En *el derecho a la igualdad*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, 107-117. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- Mendoza Eskola, Catalina. *Identidades Femeninas en el Derecho Ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.
- Morondo, Dolores. “La interseccionalidad entre teoría del sujeto y perspectiva de análisis: algunos apuntes desde la teoría del derecho antidiscriminatorio”. En *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, coordinado por Mariacaterina La Barbera y Mart Cruells, 481-500. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- Motta, Cristina. “Ciudadanía”. En *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo I, editado por Cristina Motta y Macarena Sáez, 34-125. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2008.
- Murillo, Pastor. “Las medidas de acción afirmativa o medidas especiales”. En *Pueblos afrodescendientes y derechos humanos: de reconocimiento a las acciones afirmativas*, editado por Viviana Pila, Jhon Antón y Danilo Caicedo, 243-281. Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2011.
- Nino, Ezequiel. “Efecto o intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación”. En *el derecho a la igualdad*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, 227-251. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “El derecho a la no discriminación arbitraria”. En *Estudios sobre Justicia Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011: 147-175.
- Novena Conferencia Internacional Americana. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. 1948.
<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>.
- OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 7 al 22 de noviembre de 1969.
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- . *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Salvador)*. 17 de noviembre de 1988.
<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

- Olsen, Frances. "El sexo del derecho". En *El género en el derecho: ensayos críticos*, editado por Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, 137-156. Quito: Ministerio de Justicia, Imprenta V & M Gráficas, 2009.
- ONU Asamblea General. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. 21 de diciembre de 1965. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>.
- . *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer*, 18 de diciembre de 1979. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>.
- . *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.
- . Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 18: No Discriminación*, 1989, <http://www.ucc.edu.ar>.
- . Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 18 de la Convención: Ecuador*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2012.
- . *Observaciones finales sobre el décimo informe periódico del Ecuador*, 28 y 29 de octubre de 2021. <https://www.un.org>.
- . *Recomendación General No. 25 sobre el párrafo 1 del Art. 4 de la CEDAW, referente a medidas especiales de carácter temporal*, 1999, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20%28Spanish%29.pdf>.
- . *Recomendación General No. 05: Medidas especiales temporales*, 1988, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.
- . Consejo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural* (artículo 15, párrafo 1 a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

- Culturas) 2 al 20 de noviembre de 2009, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr>.
- Ospina Ramírez, Mario Andrés. “El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad. Alcance de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”. Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid. 2017. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/26462>.
- Palomar Vereza, Cristina. “Veinte años de pensar el género”, *Debate Feminista* 52, (2016): 34-49, doi: 10.1016/j.df.2016.09.002.
- Pérez Luño, Antonio. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, 3a. ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 8a. ed. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Plataforma de Mujeres. *Manifiesto de Mujeres*. Quito: S.e, 2019.
- Prieto Sanchís, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. En *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo y Angélica Porras, 95-153. Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2010.
- Quirós, Jenny. “Mujeres Juezas: ¿Justicia con rostro humano o justicia con rostro de hombre?”. En *Pensamiento Jurídico Feminista, Deconstruir del derecho, repensar el mundo*, coordinado por Rosaura Chinchilla, 95-103. San José: Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Rabossi, Eduardo. “Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación”. En *el derecho a la igualdad*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, 45-60. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- Rey Martínez, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.
- . “El modelo europeo de lucha contra la discriminación”. En *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, dirigido por Francisco Matia, 61-103. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Rivas Rentería, José Armando. “La retención transitoria como medida correctiva y de protección a cargo de los Comandantes de Estaciones y Subestaciones de Policía en Bogotá. Tesis de pregrado, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2015).
- chrome-

- extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41633.pdf.
- Rivera López, Eduardo. “Igualdad, libertad y mérito”. En *el derecho a la igualdad*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, 91-106. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- Rodríguez, César. “El test de razonabilidad y el derecho de igualdad”. En *La Corte Constitucional: el año de la consolidación*, 257-289. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1998.
- Rodríguez, Marcela. “Igualdad, democracia y acciones afirmativas”. En *Teoría y crítica del derecho Constitucional*, Tomo II: Derechos, coordinado por Roberto Gargarella, 619-657. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
- Rofes i Pujol, María Isabel. “La sentencia Kalanke”. En *Base Legal de la acción positiva*, 52-55. País Vasco: Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, 2007.
- Rosenfeld, Michel. “Conceptos clave y delimitación del ámbito de las acciones afirmativas”. En *Acciones afirmativas*, coordinado por Mario Santiago Juárez, 11-64. México: Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2011.
- Ruiz Calvo, Karla y Soto Morales Carlos. “Acciones afirmativas para alcanzar la equidad de género en la selección de jueces del Poder Judicial de la Federación de México: una propuesta”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial* 37, (2014): 137-167. <https://CASMorales,KERCAlvo-escuelajudicial.cjf.gob.mx>.
- Ruiz Miguel, Alfonso. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. °9 (2006): 39-86. <http://www.cervantesvirtual.com/bib/portal/DOXA/>.
- Saba, Roberto. “(Des) igualdad estructural”. En *el derecho a la igualdad*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, 163-197. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- . “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”. En *Teoría y crítica del derecho Constitucional*, Tomo II: Derechos, coordinado por Roberto Gargarella, 695-742. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
- Sagües, Néstor Pedro. *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

- Salgado, Judith. "Derechos humanos y género en el marco constitucional ecuatoriano". En *Género y Derecho Constitucional*, coordinado por Fernando Flores, 121-136. Quito: Corporación Editora Nacional, 2003.
- . "Discriminación y acciones afirmativas". En *Del dicho al hecho: sistematización del proceso de reflexión en torno a la situación del pueblo afroecuatoriano y la aplicación del derecho a la igualdad*, 24-27. Quito: Pantone Impresiones, 2010.
- . "Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana". En *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo y Angélica Porras, 483-546. Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2010.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Derecho y Emancipación*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- Segato, Rita. "Racismo, discriminación y acciones afirmativas: herramientas conceptuales". En *Educación en ciudadanía intercultural*, editado por Fidel Tubino, 63-89. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
- Smart, Carol. "La teoría feminista y el discurso jurídico". En *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, compilado por Haydée Birgin, 31-71. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- Sola, Juan Vicente. *Control Judicial de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. "Sentencia del 17 de octubre de 1995". *Caso Kalanke*. <https://eur-lex.europa.eu>.
- . "Sentencia del 11 de noviembre de 1997". *Caso Marschall*. <https://eur-lex.europa.eu>.
- Torres García, Isabel. "Derechos Políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad", *Revista de Derecho Electoral*, n. ° 10, 2010: 1-24.
- Varios. *Informe Regional: Iguales en méritos, desiguales en oportunidades*, Beatriz Kohen, dir. Buenos Aires: Andros, 2007.
- Varios. *Protocolo para juzgar con equidad de género*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- Vicente, Esther. "La Comisión y la Corte Interamericana ante los derechos humanos de las mujeres". En *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*,

- coordinado por Juan Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez, 149-174. México: Fontamara, 2010.
- Villanueva Flores, Rocío. “El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad”. En *Igualdad para una democracia incluyente*, editado por Line Bareiro e Isabel Torres, 259-322. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.
- Vinueza, Ana María. “Historia de mujeres ecuatorianas en la administración de justicia”. *Ensayos Penales: Revista de la Corte Nacional de Justicia*, No. 08. Quito: 2014: 93-94.
- Viveros Vigoya, Mara. “La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación”, *Debate Feminista* 52, (2016): 1-17. doi:10.1016/j.df.2016.09.002.
- Walsh, Catherine. “Acción afirmativa en perspectiva afroreparativa”. En *Pueblos afrodescendientes y derechos humanos: de reconocimiento a las acciones afirmativas*, editado por Viviana Pila, Jhon Antón Sánchez y Danilo Caicedo, 197-242. Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2011.
- Williams, Joan. “Igualdad sin discriminación”. En *El género en el derecho: ensayos críticos*, editado por Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, 257-283. Quito: Ministerio de Justicia/Imprenta V & M Gráficas, 2009.
- Zapata, Isabel. “Las cuotas de género en México”. En *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, coordinado por Juan Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez, 235-261. México: Fontamara, 2010.

