

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**La sentencia 28-15-IN de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Un
caso de acción afirmativa?**

AUTORAS:

**Paredes Vallejo, Natalia Alexandra
Párraga Gusqui, Johanna Ninoska**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TUTORA:

Ab. Briones Velasteguí, Marena Alexandra, Mgs.

Guayaquil, Ecuador

15 de septiembre de 2022



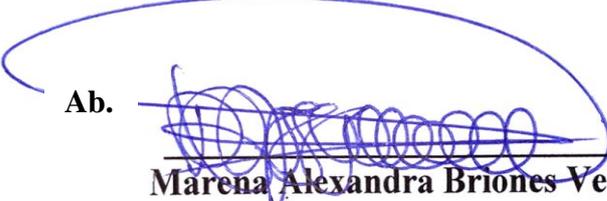
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Paredes Vallejo, Natalia Alexandra, y Párraga Gusqui, Johanna Ninoska**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTORA

Ab.  , Mgs.
Marena Alexandra Briones Velasteguí

DIRECTOR DE LA CARRERA

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotras, **Paredes Vallejo, Natalia Alexandra,**
Y Párraga Gusqui, Johanna Ninoska
DECLARAMOS QUE:

El Trabajo de Titulación, **La sentencia 28-15-IN de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Un caso de acción afirmativa?**, previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografía. Consecuentemente, este trabajo es de nuestra total autoría.

En virtud de esta declaración, nos responsabilizamos del contenido, la veracidad y el alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022

AUTORAS:

f. _____
Paredes Vallejo, Natalia Alexandra

f. _____
Párraga Gusqui, Johanna Ninoska



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Nosotras, **Paredes Vallejo, Natalia, Alexandra y Párraga Gusqui, Johanna**
Ninoska

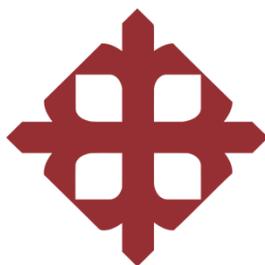
Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La sentencia 28-15-IN de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Un caso de acción afirmativa?**, cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022

AUTORAS:

f. _____
Paredes Vallejo, Natalia Alexandra

f. _____
Párraga Gusqui, Johanna Ninoska



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

REPORTE URKUND

URKUND Abrir sesión

Documento [TESIS.docx](#) (D143628975)
Presentado 2022-09-05 12:57 (-05:00)
Presentado por jparragagusqui@gmail.com
Recibido marena.briones.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje Tesis- Johanna y Natalia [Mostrar el mensaje completo](#)

0% de estas 20 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.

Lista de fuentes	Bloques
Categoría	Enlace/nombre de archivo
+	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D143578937
+	Universidad Técnica Particular de Loja / D135844605
+	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D112099735
+	Universidad Técnica Particular de Loja / D142158008
+	UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL / D142172835
+	Universidad Técnica Particular de Loja / D136673260
+	Universidad Técnica Particular de Loja / D125822355

0 Advertencias. Reiniciar Compartir


Marena Alexandra Briones Velasteguí
Tutora


Natalia Alexandra Paredes Vallejo
Estudiante


Johanna Ninoska Párraga Gusqui
Estudiante



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. JAVIER EDUARDO AGUIRRE VALDEZ
OPONENTE

f. _____

Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS
DECANO

f. _____ -

Ab. MARITZA REYNOSO GAUTE, Mgs.
COORDINADOR DEL ÁREA



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas
Carrera: Derecho
Periodo: UTE A-2022
Fecha: 05-09-2022

ACTA DE INFORME FINAL

La abajo firmante, docente tutora del Trabajo de Titulación denominado **La sentencia 28-15-in de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Un caso de acción afirmativa?**, elaborado por las estudiantes **Natalia Alexandra Paredes Vallejo** y **Johanna Ninoska Párraga Gusqui**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dichas estudiantes han obtenido la calificación de **10 (diez)**, lo que las califica como **aptas para la sustentación**.

Ab. Marena Alexandra Briones Velasteguí , Mgs

La sentencia 28-15-IN de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Un caso de acción afirmativa?

ÍNDICE GENERAL

Contenido

ÍNDICE GENERAL.....	VIII
RESUMEN.....	IX
ABSTRACT.....	IX
Introducción	2
1. Capítulo 1: La acción afirmativa	4
1.1 Antecedentes	4
1.2 Acción afirmativa: Una figura controvertida	6
1.3 Acción afirmativa y perspectiva de género	8
1.4 Acción afirmativa en la legislación y la jurisprudencia constitucional ecuatorianas	10
1.4.1 La legislación.....	10
1.4.2 Jurisprudencia Constitucional.....	12
Capítulo 2: El caso constitucional No. 28-15-IN	15
2.1 Antecedentes	15
2.2 Decisión y fundamentos	18
2.3 Voto concurrente	20
2.4 Voto salvado	20
Capítulo 3.....	21
3.1 Análisis.....	21
CONCLUSIONES	25
RECOMENDACIONES	26
Referencias.....	27

RESUMEN

En el caso no. 28-15-IN se declara la inconstitucionalidad del artículo 106 #2 y #4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que contenía la regla de preferir a la madre al momento de otorgar la patria potestad en caso de no haber acuerdo entre el padre y la madre, a pesar de que ambos padres se encontraran en igualdad de condiciones. En el desarrollo del caso se planteó la posibilidad de que la preferencia materna se tratara de una medida de acción afirmativa. El presente trabajo analiza la figura de acción afirmativa que consiste en un tratamiento preferencial a favor de los miembros de grupos que han sufrido actos de discriminación sistemática e histórica en diversos ámbitos de la vida social como en el laboral, educacional y política. La perspectiva de género permite dar cuenta de si una disposición es favorable para la mujer, o si esta responde a concepciones culturales. Es a partir de estos criterios que podemos decir que la preferencia materna no cumple con el propósito de la acción afirmativa, el cual es la reivindicación de los derechos de las personas en situación de desigualdad.

ABSTRACT

The unconstitutionality of article 106 #2 and #4 of the Organic Code of Childhood and Adolescence is stated in case no. 28-15-IN, which contained the preference rule over the mother when granting child custody in case there was no agreement between the father and the mother, despite the fact that both parents are found to be in equal conditions. During the case development, the possibility that the maternal preference was an affirmative action measure was raised. This paper analyzes the figure of affirmative action, which consists of preferential treatment in favor of members of groups that have suffered systematic and historical discrimination in various areas of social life such as labor, education and politics. Gender perspective allows to determine whether a provision is favorable to women, or whether it responds to cultural conceptions. Based on these criteria, we can conclude that maternal preference does not fulfill the purpose of affirmative action, which is to vindicate the rights of people in situations of inequality.

Palabras Claves: acción afirmativa, perspectiva de género, justicia constitucional, tenencia, patria potestad, preferencia materna.

Introducción

La acción afirmativa es una medida que, a través del tratamiento diferenciado, busca reivindicar a individuos tradicionalmente discriminados con el fin de conseguir la igualdad. Los individuos beneficiarios de las medidas de acción afirmativa suelen ser aquellos que sufren discriminaciones por factores como raza, etnia, género, creencias, orientación sexual y discapacidad. En consecuencia, padecen exclusión, limitación de oportunidades o restricción en la distribución de recursos.

La acción afirmativa es controversial. A lo largo de su existencia han existido discusiones por falta de unanimidad conceptual, por el considerado carácter sospechoso del mecanismo de preferencia, por la connotación negativa que existe alrededor de la discriminación inversa. En todo caso, desde su origen las medidas han demostrado ser bastante efectivas: con el propósito de reivindicar derechos han conseguido expandir su teoría en todo el mundo. Sin embargo, la lucha por conseguir una equiparación de derechos depende de la cultura y la sociedad de un determinado lugar.

En Ecuador, la Constitución, en su artículo 11 numeral 2, promueve la adopción estatal de medidas de acción afirmativa con el fin de promover la igualdad real de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad. La Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), la Ley Orgánica de Discapacidades, la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), son ejemplos de otros cuerpos normativos ecuatorianos que han optado por prever la aplicación de acciones afirmativas.

La Corte Constitucional, en el caso No. 28-15-IN, declaró inconstitucional parte del artículo 106, numerales 2 y 4, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), que contemplaba la preferencia materna como regla para otorgar la patria potestad en caso de no existir acuerdo entre los padres. Con este antecedente, este trabajo se pregunta sobre si la preferencia materna contenida en los numerales 2 y 4 podía considerarse un caso de acción afirmativa.

La etapa de investigación del presente trabajo conllevó una búsqueda estimulante de material bibliográfico para construir un marco teórico. Lamentamos no haber podido encontrar si, cuando se incorporó la preferencia materna, hubo algún debate legislativo al respecto.

1. Capítulo 1: La acción afirmativa

1.1 Antecedentes

Para llegar al establecimiento de las acciones afirmativas se dieron varias situaciones tanto históricas como jurídicas, que ayudaron a desarrollar el concepto y que la figura tome forma y fuerza como la conocemos hoy en día.

Conforme lo recogido por Barrère (2003) uno de los primeros hechos relevantes que contribuyó al apareamiento de la acción afirmativa, se dio en el año 1935, en Estados Unidos, cuando se expide la Ley de Relaciones Laborales o Ley Wagner, que marcó un antes y un después en el derecho laboral estadounidense por incluir varios derechos fundamentales para los trabajadores. En esta ley se introduce por primera vez la expresión *affirmative action* (acción afirmativa), dirigida a incluir cuotas para asegurar la igualdad de contratación y oportunidades en el ámbito laboral, principalmente en favor de los afroamericanos.

Como respuesta a la fuerte discriminación que para ese entonces llevaba siglos ocurriendo, en los años 60 se da una serie de protestas, huelgas y manifestaciones, protagonizadas por afroamericanos y otras minorías existentes en Estados Unidos, que exigen el derecho a la igualdad y no discriminación. Es en este ambiente de lucha en el que nace el denominado derecho antidiscriminatorio, dentro del cual la acción afirmativa tiene un papel importante.

Para otros autores, el nacimiento de la acción afirmativa es incluso más antiguo. Si bien aún no se utilizaba ese nombre, ciertos actos podrían entenderse como medidas de acción afirmativa:

La discriminación inversa, al parecer, nació en la India, ya en los años 30, como una política aceptada por los colonizadores británicos para intentar superar la aguda división en castas de aquella sociedad. Su conocimiento y extensión actual, sin embargo, procede de su introducción en los Estados Unidos a partir de principios de los años 70 (Ruiz Miguel, 1996, p. 125).

Con el paso del tiempo, las prácticas que surgieron al amparo del concepto de acción afirmativa se ampliaron, centrándose ya no solo en el ámbito laboral sino que se trasladaron también al ámbito de la educación. Las acciones afirmativas toman un papel importante en la implementación de cupos a favor de las minorías en los exámenes de acceso a las universidades.

También se ampliaron hacia otros grupos sociales. Ya no se aplicaban las medidas solo por motivos de raza/etnia, sino que, cuando el concepto se traslada a Europa y comienza a ser desarrollado y utilizado en ese continente, el grupo que más las utiliza, no son los afrodescendientes como pasaba en Estados Unidos, sino las mujeres, quienes se convierten en el objetivo principal de las medidas de acción afirmativa.

Mientras se desarrollaba la figura, surgieron distintas terminologías para referirse a ella. Ya en doctrina, ya en legislaciones, se la conoce también como acción positiva, discriminación inversa o discriminación positiva. Este último término fue introducido por primera vez por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Bakke. En dicho caso se habla de una discriminación positiva hacia un estudiante blanco que fue rechazado del ingreso a la universidad a pesar de su buen promedio y de tener mayor puntaje. A partir de este caso la doctrina empieza a hablar de discriminación positiva o inversa (Ruiz Miguel, 1996).

En Latinoamérica, las acciones afirmativas alcanzan su apogeo cuando, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, por primera vez se propuso en un instrumento internacional la medida de acción afirmativa con la finalidad de eliminar la discriminación. Este instrumento internacional también recomienda a los países suscriptores la implementación de acciones afirmativas en sus legislaciones. La CEDAW fue suscrita por varios países latinoamericanos que empezaron a adoptar medidas acción afirmativa como Chile, Colombia, México y, por supuesto, Ecuador (Segato, 2007).

En el Ecuador, la Constitución de 1998 contemplaba en su artículo 17 la adopción de “planes y programas” que debían aplicarse para alcanzar un verdadero goce de los derechos en ámbitos sociales, laborales y educativos. Pero, es en la Constitución de 2008 que se utiliza por primera vez la expresión “acciones afirmativas”, instando su uso para garantizar el derecho a la igualdad. Actualmente, son varios los cuerpos legales ecuatorianos que contienen medidas de acción afirmativa.

1.2 Acción afirmativa: Una figura controvertida

Las múltiples posturas teóricas han hecho del concepto de acción afirmativa una cuestión controvertida. Llegar a un acuerdo sobre su conceptualización ha resultado una tarea compleja. No existe una definición que satisfaga a la mayoría. “No son una panacea universal de eficacia infalible, depende de particularidades, idiosincrasia y antecedes de cada Estado” (Kemelmajer, 2001, p. 58).

En primer lugar está la denominada “falla conceptual” (Ziliani, 2011, p. 78), que -se dice- afecta el entendimiento de los fines de la acción afirmativa. Ocurre al no existir un concepto universal que delimite su contenido; sin embargo, esto no tiene por qué ser necesariamente negativo, pues la acción afirmativa nace en un contexto específico. Es por esta razón que la medida de acción afirmativa no significa lo mismo en todas partes, depende del momento histórico y de la necesidad del grupo social a la que está dirigida. Aunque haya algunas cuestiones similares, no podemos asumir que la discriminación ejercida contra personas negras en Estados Unidos es la misma que se ejerce en Ecuador.

Para la India significó la admisión en la Universidad, por medio de estándares más bajos de evaluación, de los *untouchables*¹ o tribus desfavorecidas. En Estados Unidos se entendió como un medio para asegurar el empleo, dando incentivos a los empleadores que contrataran personas comúnmente discriminadas por su raza, religión

¹ Término que hace referencia a un miembro de una casta social más baja de la sociedad india. El uso de este término es considerado ofensivo actualmente. Cambridge Dictionary. (s.f.)

o sexo. Para las mujeres, la acción afirmativa busca derribar el techo de cristal² (Sowel, 2004).

Ballestrero (2006) expresa que las acciones afirmativas otorgan ventajas a un grupo de personas, para remediar situaciones de desigualdad. En esta misma línea y aunque tampoco es universalmente aceptada, un concepto más oficial de acción afirmativa sería el propuesto por Naciones Unidas:

La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas en un aspecto o varios de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva. (Como se citó en González Luna et al., 2017, p. 85)

A la polémica conceptual se suma el intercambio de denominaciones para referirse a la acción afirmativa. Así, en Estados Unidos, según Welch y Gruhl (como se citó en Kemelmajer, 2001), comúnmente se conoce como *affirmative action*; en Europa, se utiliza la expresión *acción positiva* (Kemelmajer, 2001). Ahora bien, en realidad no existe contradicción entre ambas, se las podría usar indistintamente. Pero, si se reemplaza alguna de ellas por la expresión *discriminación inversa*, entonces surge el problema. Ballestrero (2006) adjudica la responsabilidad de ese “mal uso” principalmente a Dworkin, quien utiliza *reverse discrimination*³ como equivalente a *acción afirmativa*.

Pero ¿en qué consiste, según otras opiniones, la *discriminación inversa*? Ruiz Miguel (1994) señala que es la acción de discriminar directamente a personas por rasgos inherentes e inmutables como la raza o el sexo. Esto la sociedad lo asume como algo negativo, una cuestión que conlleva un estigma social. Para autores como Westen (como se citó en Barrère, 2003), la palabra *discriminación* causa una mala impresión, porque, tanto en el mundo jurídico como en el Derecho Antidiscriminatorio, referirse

² *Glass ceiling* en inglés: se refiere a las barreras ficticias, basadas en prejuicios, que impiden a las mujeres calificadas y competentes alcanzar posiciones y responsabilidades de poder. Segerman-Peck (como se citó en Camarena Adame, M. E., y Saavedra García, M. L., 2018)

³ Ver, por ejemplo: *Taking rights seriously*, Capítulo 9.

a discriminación implica pensar en una situación perjudicial. Añón (como se citó en Ávila et al., 2009) propone abandonar dicha expresión y hablar de acción afirmativa como aquel tratamiento diferencial que busca promover la igualdad.

El último punto controversial importante procede del considerado carácter “sospechoso” de la acción afirmativa. Ostendorf (como se citó en González Luna, et al., 2017) se pregunta: “¿Cómo es que las características causantes de dicha discriminación pueden ser las mismas que restauren su condición?” (p. 144). Podemos dar una posible respuesta. Que, para conquistar la igualdad efectiva, se requiere la adopción de medidas discriminatorias que den cuenta de las diferencias; una vez que todos se encuentren a un mismo nivel, el siguiente paso será de tratar de eliminarlas (Otero, 2002).

La acción afirmativa es, pues, una medida que, a través del tratamiento diferencial, busca reivindicar grupos tradicionalmente discriminados, equiparando a las personas entre sí, compensando los derechos que han sido menoscabados a lo largo de la historia. Busca asegurar la participación efectiva, el acceso a un trabajo o institución educativa, la distribución de recursos y el goce de derechos, todo, a pesar de la diferencia (Barrère, 2003).

1.3 Acción afirmativa y perspectiva de género

La perspectiva de género es una categoría teórica que “permite comprender la complejidad social, cultural y política que existe entre hombres y mujeres, ignorada por otros enfoques, obstinados en presentar un mundo naturalmente androcéntrico” (Lagarde, 2016, p. 32). Obviamente, no puede actuar por sí sola para lograr un cambio. En este sentido, la acción afirmativa es una de las estrategias de las que se sirve para alcanzar sus propósitos. El cambio social parece ser parte de un deber normativo del Estado, pues los textos constitucionales recogen el principio de igualdad entre hombres y mujeres; no obstante, las medidas de acción afirmativa intervienen para dar cuenta de las desigualdades en una realidad social, lo que hace de la perspectiva de género una teoría indispensable (Navarro, 2007).

El género es la organización social de la diferencia sexual, que no refleja diferencias naturales e inmutables entre el hombre y la mujer, por el contrario, el género es aquel pensamiento que dota de significado a las diferencias anatómicas [...] Sólo podemos entender las diferencias sexuales como una función de nuestro pensamiento sobre el cuerpo, un pensamiento que nunca es puro, porque no puede aislarse de un amplio número de contextos. Scott (como se citó en Ávila et al., 2009, p.16)

La perspectiva de género estudia las causas de la discriminación de las mujeres. A partir de esto desarrolla una visión sobre los problemas existentes en las relaciones entre los hombres y las mujeres, con la finalidad de establecer alternativas sociales asegurando los derechos de las mujeres.

Según Torres (2010), la desigualdad de género se origina en “las características de mujeres y de hombres, definidas socialmente y moldeadas por factores culturales” (p. 228). Es, a partir de estos patrones sociales, que existe un reparto desigual en la distribución de responsabilidades y recursos. En la estructura social suele haber etiquetas o estigmas que favorecen a un género y perjudican al otro; por ejemplo, el estereotipo de que todas las mujeres son y deben ser más afectivas y emocionales que los hombres, y que estos son y deben ser más productivos, competentes e independientes (Cuadrado y Morales, 2007).

Desde la perspectiva de género, las medidas de acción afirmativa buscan deconstruir las relaciones jerárquicas creadas a partir de un sistema sexo-género. En conjunto, la perspectiva de género y la acción afirmativa intervienen a favor del cambio de conductas basadas en patrones sociales y culturales. En cierta manera, a partir de esos cambios podemos comprender que los obstáculos sociales no son inherentes a la naturaleza, sino que consisten en construcciones sociales de lo establecido como femenino y como masculino (Torres, 2010).

Como muestra cabe mencionar que, en general, en virtud de la acción afirmativa se ha alcanzado un mayor grado de participación política de las mujeres⁴,

⁴ En el Ecuador, por ejemplo, se evidencia el cambio en la conformación parlamentaria: antes de la implementación de las acciones afirmativas, la participación de mujeres en el parlamento era del 4,0%,

garantizando una mayor representación de algo más de la mitad de la humanidad. Las cuotas de participación política femenina han compensado y corregido en lo posible la infrarrepresentación femenina en cargos públicos importantes. Quizás, cuestiones como los derechos sexuales y reproductivos, la violencia contra la mujer y la brecha salarial no hubieran podido ser discutidas o hubiera tomado mucho tiempo que se volvieran temas de interés público, si no hubiera habido acciones afirmativas que estimularon su participación política (Lamas, 1996).

1.4 Acción afirmativa en la legislación y la jurisprudencia constitucional ecuatorianas

1.4.1 La legislación

En la Constitución del Ecuador de 2008 se establece un amplio abanico de derechos humanos y garantías constitucionales destinados a la protección, el bienestar y el cuidado de todos los ciudadanos por igual. Bajo este panorama de derechos se introducen, por primera vez, las medidas de acción afirmativa en el texto constitucional, artículo 11, numeral 2, inciso tercero:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

[...]

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

mientras que en 2008 se reportó un 25%. Torres, I. (2008). Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad.

Se debe considerar también los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador. Que tienen carácter infraconstitucional y supralegal, y que reconocen las medidas de acción afirmativa como recursos necesarios para reducir las brechas sociales de desigualdad y reivindicar las oportunidades. Específicamente, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Así es como, siguiendo el mandato de la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el país, las leyes de carácter infraconstitucional han adoptado medidas de acción afirmativa con el objetivo de alcanzar una auténtica igualdad. Algunos ejemplos son los siguientes:

Ley	Disposición
Ley Orgánica de Participación Ciudadana	Artículo 3.- Instituir mecanismos y procedimientos para la aplicación e implementación de medidas de acción afirmativa que promuevan la participación igualitaria a favor de titulares de derechos que se encuentren en situaciones de desigualdad.
Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP)	Art. 5.- Requisitos para el ingreso.- Las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación y designación.

Ley	Disposición
Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia	Artículo 38.- En el artículo 94 realícese las siguientes reformas: b. Agrégase el siguiente inciso final: Para la aplicación de este artículo y como acción afirmativa, al menos el cincuenta por ciento de todas las listas de candidaturas pluripersonales y unipersonales para elecciones primarias o procesos democráticos electorales internos, estarán encabezadas por mujeres.

1.4.2 Jurisprudencia Constitucional

Como resultado de la búsqueda en Fiel Web⁵ se encontraron dos casos, sustanciados en la Corte Constitucional, que servirán para ilustrar el tratamiento que la Corte ha dado a la figura de la acción afirmativa.

El caso No. 0006-08-IN se inició por presentación de una acción pública de inconstitucionalidad el 29 de diciembre de 2008. Se solicitó declarar la inconstitucionalidad del artículo 133, inciso tercero, de la codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, por ser contrario a los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y derecho al trabajo.

El artículo en cuestión expresaba: “Los jubilados en general y los que reciban pensiones de retiro, solo podrán reingresar al sector público siempre que sus pensiones mensuales no superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América”.

La Corte negó la demanda de inconstitucionalidad fundamentando su decisión principalmente en que, en dicho caso, no se vulneraba el principio de igualdad porque

⁵ Fiel Web es un sistema de información electrónica digital, constituye una base de datos sobre legislación y jurisprudencia ecuatorianas.

no es lo mismo la igualdad cuando se trata de personas que tienen condiciones similares que cuando se trata de personas que tienen condiciones diferentes. Así, consideró que la diferenciación que hace el artículo es legítima, porque está direccionada a alcanzar la igualdad de oportunidades a través del uso de acciones afirmativas.

Se establece que dicha norma favorece al jubilado que quiere reingresar al sector público y cuya pensión no es de más de quinientos dólares, y que favorece al resto de la población que quiere alcanzar oportunidades laborales en el sector público. Es decir, la norma establece una diferenciación legítima, porque es favorable para muchas personas, no perjudica gravemente a ningún sector de la población y equipara en oportunidades para ingresar al sector público, por lo que constituye una acción afirmativa válida.

El otro caso relevante encontrado es el Caso No.7-II-IA, cuyo origen fue una acción pública de inconstitucionalidad presentada el 18 de diciembre de 2011. Se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la convocatoria al Concurso de Méritos y Oposición para la designación de 101 cargos de juezas y jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Contravenciones, convocado por el Consejo de la Judicatura de transición el 13 de noviembre de 2011.

El accionante consideró que la convocatoria era inconstitucional, porque se otorgaban puntos adicionales a las mujeres, vulnerando de esta forma el principio de igualdad. En el análisis del caso, la Corte consideró prudente examinar el artículo 37 del Instructivo para 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, designación de Juezas y Jueces de Familia (2012)

Medidas de acción afirmativa.- En la fase de méritos se aplicarán medidas de acción afirmativa para promover la igualdad. Cada condición personal será calificada con (2) puntos, acumulables hasta (4) puntos, sin que esta puntuación exceda la calificación total de 100 puntos, de ser el caso.- Serán condiciones

para la aplicación del puntaje de acción de afirmativa: ... f. Ser mujer. (pp. 11-12)

La Corte resolvió negar la acción de inconstitucionalidad, fundamentando su decisión principalmente en que es necesario conocer la distinción entre igualdad formal e igualdad material. Que la igualdad formal se refiere al derecho a tratar de forma idéntica a las personas que se encuentran en iguales condiciones, y la igualdad material, a situaciones de personas en condiciones distintas, que requieren un trato distinto para equiparar las situaciones y alcanzar la igualdad.

La Corte, además, establece el siguiente concepto de acción afirmativa como parámetro de su análisis:

Son medidas dirigidas hacia un grupo poblacional en condición de desventaja cuya finalidad es promover el ejercicio igualitario de derechos y erradicar o reducir la discriminación estructural. Las acciones afirmativas no son una excepción al principio de igualdad sino un medio para promover el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones. (p.6)

Se llegó a la conclusión de que, en este caso, la acción afirmativa es legítima por el objetivo que persigue: disminuir la desigualdad de género que existe. Se considera una medida adecuada para cumplir la finalidad, ya que gracias a ella se otorgarán más plazas a mujeres para ser juezas, disminuyendo así la poca representatividad histórica que han tenido en dicha función; y se la considera proporcional porque mediante la intervención al derecho se generan muchos más beneficios, previniendo y protegiendo los derechos de las mujeres dentro de la función judicial, en comparación a cualquier desavenencia o molestia que pueda causar a los que no son beneficiarios de esta medida.

Capítulo 2: El caso constitucional No. 28-15-IN

2.1 Antecedentes

El caso fue presentado el 1 de abril de 2015 mediante una acción de inconstitucionalidad en contra de una parte de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), específicamente contra dos frases contenidas en dichos numerales:

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

[...]

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; [...].

[...]

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; [...] (el resaltado es nuestro).

Las frases impugnadas fueron “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y “se preferirá a la madre”.

Un detalle importante, necesario de advertir antes de pasar al análisis de la sentencia, es que tanto los accionantes como la resolución de la Corte se refieren a reglas sobre la tenencia y basan sus argumentos teniendo en consideración la tenencia

y, en otros casos, la tenencia y la patria potestad. Si se repara en el título del artículo 106, este no se refiere a la figura de la tenencia, sino a la patria potestad, y, por tanto, las reglas expresadas en los numerales 2 y 4 también. La resolución de la Corte no dice nada expresamente al respecto.

Aunque es cierto que el artículo 118⁶ del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia estipula que, cuando sea conveniente, se encargará la tenencia siguiendo las reglas del artículo 106 en cuestión, nos parece que la Corte no debió omitir la precisión del caso.

La parte accionante fundamentó la acción con los siguientes argumentos:

Existe una vulneración al principio de igualdad, porque la distinción que se hace entre padre y madre no está justificada, es discriminatoria e inconstitucional. Se realiza un test de razonabilidad⁷ y se concluye que la distinción no es adecuada por no perseguir un fin constitucionalmente válido; que no es necesaria, porque se puede revisar caso por caso para otorgar la patria potestad; y que no es proporcional, ayuda a perpetuar estereotipos: da una preferencia por la sola condición de ser mujer, infiriendo que solo por eso es más apta para el cuidado de los hijos, sin ningún otro fundamento que el género:

“las consecuencias de asignar roles a cada género, es que estos patrones llegan a institucionalizarse, generando un desequilibrio entre los derechos y deberes de los progenitores” (p. 7).

Se sostiene también que la norma es contraria al interés superior del niño, porque afecta la opinión que el menor pudiere tener al respecto. Que la ley dispone escuchar la opinión del menor en los asuntos que le afecten, en consideración a la edad: pero que, al establecer la preferencia materna automática, la opinión del menor es

⁶ El artículo dice: “Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106”.

⁷ Realizado por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia No. C-022/96. Se explica que, para que una distinción sea legítima y no discriminatoria, debe ser: 1) Adecuada para lograr un fin constitucional, 2) Necesaria, es decir que no exista otro modo menos perjudicial para lograr el fin, y 3) proporcional, que no sacrifique principios que tengan mayor peso que el que se quiere satisfacer.

dejada de lado. Que afecta el mantenimiento de un vínculo adecuado entre hijos y padres a quienes no se confiere la tenencia, lo que genera distanciamiento y afecta la preservación del entorno familiar.

Tanto la Asamblea Nacional del Ecuador como la Procuraduría General del Estado intervinieron en el caso con argumentos a favor de las expresiones impugnadas, que se resumen a continuación.

La norma encuentra su justificación en razones de la naturaleza, ya que el vínculo existente entre madre e hijo es muy fuerte e innegable, porque el padre no es quien concibe, no es el responsable de la gestación. La norma, en consecuencia, ayuda fortalecer el vínculo generado por la naturaleza, que ayuda a preservar la especie.

No se viola el principio de igualdad, porque la preferencia está justificada en el interés superior del niño, ya que la madre ha demostrado ser más idónea para el cuidado de los hijos. Siguiendo la misma línea de pensamiento, se expresa que no se viola la corresponsabilidad parental, que esta se sigue manteniendo.

La norma ayuda a precautelar el cuidado de los niños menores de 2 años que necesitan de la lactancia y de la madre por cuestiones biológicas. La norma cuida al lactante, por lo que la preferencia a la madre, siempre que no haya un acuerdo entre los progenitores, es válida.

Se presentaron 16 *amicus curiae* tanto de personas individuales como de organizaciones sociales. Algunos, siguiendo la misma argumentación de las partes en el proceso; otros agregaron argumentos relevantes que vale la pena destacar.

Algunos argumentos recalcaron que la norma es machista, porque quiere mantener a la mujer dentro de un rol de género heredado en una sociedad patriarcal, norma que también cosifica a los hijos, pudiendo estos ser utilizadas como un medio de chantaje entre los padres.

Por otro lado, también se sostuvo que la norma ayuda a las mujeres que sufren de violencia vicaria⁸. Al establecer la preferencia materna se estaría evitando que los hijos puedan ser apartados de sus madres como forma de amenaza que perpetúa la violencia intrafamiliar que sufren muchas mujeres cotidianamente.

La norma -se dijo- es una medida de acción afirmativa con una finalidad válida, que es proteger la autonomía de la mujer:

Cierra las brechas de desigualdad y garantiza la autonomía de la mujer, no la coarta, al permitirle decidir dejar una relación sin tener miedo de perder el cuidado y crianza de sus hijos e hijas por esta decisión; acción afirmativa que además constituye una medida de protección en los casos en que existe violencia intrafamiliar. (p. 17)

2.2 Decisión y fundamentos

Por mayoría, la Corte Constitucional resolvió aceptar la acción pública de inconstitucionalidad por el fondo de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Hubo además voto concurrente y voto salvado, los cuales serán abordados más adelante. La Corte fundamentó la decisión de mayoría principalmente en los siguientes argumentos:

La norma sí genera un trato diferenciado en virtud del sexo de uno de los progenitores al disponer la preferencia materna. Encargar la tenencia a la madre por el solo hecho de ser mujer se fundamenta en los estereotipos fuertemente arraigados en la sociedad, donde las madres cumplen un rol doméstico, y los padres, un rol de proveedores.

La Corte no niega el vínculo especial entre madre e hijo, ni la necesidad de cumplir con la lactancia, que podrá cumplirse de mejor forma si la madre se encuentra cerca. Pero, sostiene que este tipo de casos no representan la generalidad y la norma

⁸ Tajahuerce, I. y Suárez, M. (s.f) en *Así es la violencia vicaria, la expresión más cruel de la violencia de género*, explican que “La violencia vicaria es aquella que tiene como objetivo dañar a la mujer a través de sus seres queridos y especialmente de sus hijas e hijos”.

impugnada está dirigida a todos los casos, siempre que no exista acuerdo entre los progenitores. La Corte recalca la importancia de un estudio caso por caso para otorgar la tenencia y la patria potestad.

La Corte considera que buscar la autonomía de las mujeres sí es un objetivo legítimo para hacer una distinción. Que ese es un fin constitucionalmente válido, que procura evitar situaciones de violencia vicaria o dependencia económica. Que la medida es idónea para ese objetivo, pero que existen otros métodos para lograrlo como el refuerzo de los planes de inserción de la mujer en la vida laboral, el fortalecimiento de políticas públicas de género, la implementación de medidas efectivas en contra de la violencia doméstica y el empoderamiento económico.

Agrega que la preferencia establecida en la norma podría deteriorar el principio del interés superior del niño, porque, en juicio, le toca al padre demostrar que la madre no es apta para cuidar del menor, lo que puede dar pie a conflictos, al distanciamiento entre los progenitores, así como a una perpetuación de situaciones de violencia contra la mujer.

Según la Corte, la forma más idónea para precautelar el derecho del niño a la preservación del entorno familiar sería mediante la introducción de la figura de la tenencia compartida. A criterio de la Corte, esta ayudaría a evitar situaciones en las que no existe un acuerdo entre los progenitores, así como al pleno cumplimiento de la corresponsabilidad parental.

Se analizó también si la corresponsabilidad parental se encuentra afectada por la norma impugnada. La corresponsabilidad parental está ligada al interés superior del niño y aún puede ejercerse en casos de tenencia exclusiva; sin embargo, la preferencia materna de la norma puede vulnerar este principio cuando se sobreponen los intereses de los progenitores, como suele ocurrir en un litigio.

La Corte consideró que la norma es contraria al principio de corresponsabilidad parental, al principio de igualdad y no discriminación y al del interés superior del niño, por lo que debe ser declarada inconstitucional y expulsada del ordenamiento jurídico.

2.3 Voto concurrente

El voto concurrente se basó fundamentalmente en:

Las frases impugnadas del artículo 106 no son acciones afirmativas, ya que la “acción afirmativa está diseñada para cambiar situaciones que impiden el acceso al ejercicio de un derecho por parte de personas que nunca o difícilmente lo han ejercido” (pp. 64-65). Pero, son las mujeres, en su gran mayoría, las que han ejercido el rol de cuidadoras de los hijos y del hogar.

La tenencia ha sido otorgada a las madres ampliamente, no es un derecho del que las mujeres han carecido y para el que la acción afirmativa tendría que operar. Sería otorgar “más de lo mismo”, y, siguiendo el concepto y la lógica de la acción afirmativa, el cupo o preferencia debería ser para los padres, que mayormente no han ejercido la tenencia y cuidado de los hijos.

2.4 Voto salvado

El voto salvado fue desarrollado por dos juezas constitucionales, que estuvieron en contra de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma impugnada. Sus argumentos fueron principalmente los siguientes:

Muchas mujeres viven en un contexto de violencia asociado con las relaciones de pareja y la desigualdad de poder entre el hombre y la mujer. La violencia ejercida contra la mujer es una situación de desventaja que la ley está en la obligación de proteger.

Señala que la decisión compromete el verdadero sentido y alcance de la norma, que no se han observado los factores de discriminación estructural. Que, para conocer si la norma impugnada contraría el derecho a la igualdad y no discriminación, se debe realizar un análisis de cara al principio del interés superior del niño a través de la aplicación de una prueba que incluya el nivel de discriminación tanto a la mujer como al hombre.

Capítulo 3

3.1 Análisis

¿La regla de preferir a la madre en el caso de que no hubiere acuerdo entre los progenitores respecto de la patria potestad (entiéndase también tenencia, por lo ya explicado), ahora declarada inconstitucional, constituía un caso de acción afirmativa?

No existe un concepto de acción afirmativa aceptado plenamente por todos los autores, pero sí existe consenso respecto del entendimiento general de la figura. La acción afirmativa es una medida que, a través del tratamiento diferenciado, busca reivindicar grupos tradicionalmente discriminados, equiparando a las personas entre sí y compensando los derechos que estuvieren siendo menoscabados (Barrère, 2003).

De ese concepto podemos identificar cuatro elementos clave para configurar la acción afirmativa:

1.- Tratamiento diferenciado

El tratamiento diferenciado es propio de la acción afirmativa. Al formular una medida de este carácter se toma en cuenta qué grupo social se encuentra en una situación jurídica diferente.

La diferenciación jurídica, de acuerdo con Nogueira (2006), no debe ser arbitraria, corresponde a fines legítimos como promover el bien común y la igualdad en la sociedad cuando existen individuos en posiciones diferentes. Una relación en igualdad es justa, siendo que se abstrae de toda arbitrariedad o diferencia irracional.

¿La regla de la preferencia materna que revisamos establecía un trato diferenciado, era arbitraria, no promovía el bien común ni la igualdad entre madres y padres? La Corte debió preguntarse y contestarse eso. ¿Por qué sería un tratamiento diferenciado (entiéndase a favor de las mujeres) que se prefiera a las madres en caso de no existir acuerdo entre los progenitores sobre la patria potestad (o tenencia) de los hijos? Puede argumentarse que lo sería, porque se excluye cualquier otra

consideración, incluso la de que favorecería más el interés superior del hijo o la hija. Simplemente, había que aplicar la regla de que, no habiendo acuerdo, la patria potestad (o la tenencia) le corresponde a la madre.

2.- Grupo discriminado

Shastri (2014) sugiere que “La discriminación tiene muchas caras en distintas formas” (p. 28). De acuerdo con esta autora es común que la discriminación provenga de normas culturales, tradiciones y costumbres. Facio (2009), por otra parte, menciona que las mujeres continúan siendo parte de un grupo discriminado también porque el pronunciamiento político para subsanar la desigualdad es mínimo e ineficaz, y atribuye la responsabilidad de la discriminación a costumbres, estereotipos y tradiciones, que dan un valor inferior a lo femenino.

En este contexto, es primordial resaltar el sentido de discriminación dado por la CEDAW (1979) en el artículo 1 de su primera parte:

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará 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.

De acuerdo con la Convención, de forma general existen conductas, prejuicios y costumbres fundados en ideas de superioridad de un sexo sobre otro o en la distribución de funciones de acuerdo con estereotipos, cuestiones que los estados miembros están obligados a cambiar haciendo uso de determinadas medidas (CEDAW, 1979).

Esas consideraciones sobre las diferentes formas de discriminación que han sufrido y sufren las mujeres no pueden dejar de considerarse respecto de las

expresiones impugnadas. Las mujeres constituyen un clarísimo y contundente caso de grupo discriminado. En ese sentido, puede decirse que esta condición se cumplía.

3.- Medida reivindica derechos

De acuerdo con la RAE (s.f) “reivindicar” es “[r]eclamar algo a lo que se cree tener derecho”. Consiste en la exigencia de una cosa, material o inmaterial (como los derechos), que nos ha sido quitada y cuya devolución se demanda mediante la reclamación.

La reivindicación consiste en el proceso o el resultado de la reclamación, por lo que la reivindicación de derechos estaría constituida por todos aquellos programas, medidas o protestas que se realizan para alcanzar los derechos que nos pertenecen humanamente y que, de una u otra forma, les han sido quitados a una persona o a un grupo social. La reivindicación de derechos es necesaria ante posibles abusos o perjuicios.

¿La preferencia materna analizada era una medida reivindicatoria de derechos de las mujeres? Para hacer una justa evaluación de esta condición conceptual de la acción afirmativa, hubiera sido menester disponer de datos sobre los procesos relativos a patria potestad (y tenencia) de los hijos, sobre cuál era la situación de las mujeres en esos procesos o en esos litigios. Lamentablemente, ni siquiera fue posible encontrar si, al momento de introducir legalmente la referida preferencia materna, hubo debates, opiniones, sobre el tema.

4.- Medida equipara o compensa derechos

La equiparación es un mecanismo por el cual se busca la igualdad de trato de oportunidades entre todas las personas, sin importar sus características individuales. Busca la posibilidad de que todos alcancen los derechos fundamentales que están garantizados en la ley por el solo hecho de ser humanos, así como compensar, de alguna manera, las circunstancias adversas existentes en los diferentes ámbitos sociales.

Como establece Fernández (1994), la equiparación de derechos es una exigencia del principio de igualdad, mediante el cual, cuando estamos frente a situaciones no idénticas, las diferencias existentes deberán ser irrelevantes para el disfrute y goce de los derechos. Mediante la equiparación se busca alcanzar la igualdad real.

Según la RAE (s.f), “compensar” consiste en resarcir o reparar un daño, perjuicio o disgusto causado a alguien dándole o haciéndole un beneficio.

Como se mencionó en la parte relativa a la perspectiva de género, las mujeres, históricamente, han sido objeto de discriminación y se han visto perjudicadas en muchos ámbitos. Que existan medidas para equiparar las oportunidades entre hombres y mujeres no está injustificado, de hecho existen algunas normas con esa finalidad.

En el caso analizado, la norma establece una diferenciación entre madre y padre para otorgar la patria potestad del menor en caso de no haber llegado a un acuerdo. Hay que analizar si en esa situación la mujer ha sufrido una discriminación o situación de desventaja, que necesita ser equiparada o compensada para alcanzar una igualdad real.

Sobre esta condición habría que expresar lo mismo que se expresó en el último párrafo del punto 3 anterior. Sin esos datos no es posible determinar si existía algún derecho conculcado que podía ser reivindicado con la medida de la preferencia materna.

CONCLUSIONES

De acuerdo al análisis hecho, podemos llegar a la conclusión de que, en principio, las frases impugnadas dentro del caso No. 28-15-IN, que pertenecían al artículo 106, numerales 2 y 4, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no constituyeron un caso de acción afirmativa.

Con arreglo al análisis del tratamiento diferenciado, encontramos que existe un trato distinto a la mujer madre, porque la ley prevé una preferencia en lo relativo a la patria potestad y la tenencia. Sin embargo, esta disparidad no tiene soporte constitucional que corresponda a un fin legítimo claro.

La discriminación, en sus múltiples expresiones, sigue siendo un grave problema para las mujeres. Factores culturales, tradicionales, sociales, inciden en la permanencia de situaciones discriminatorias. Desde esa consideración, la preferencia declarada inconstitucional se dirige efectivamente a un grupo discriminado, en este caso a las mujeres que son madres.

Lo que no hemos podido establecer, como ya lo anticipamos, es si las frases impugnadas estuvieron dirigidas a alcanzar una reivindicación de derechos y si la preferencia materna constituía una compensación o una equiparación. Para que hubiere sido así, habría sido indispensable identificar qué derecho era, en ese caso, el que debía ser reivindicado con la preferencia materna.

RECOMENDACIONES

Las diferenciaciones que se establezcan en la ley deben encontrarse debidamente justificadas.

Es importante resaltar que, a raíz de la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna, se ha impulsado el análisis judicial caso por caso y la advertencia de que no deben pasar por alto las situaciones de violencia que pudieren presentarse. La idea es que, a base de un análisis idóneo, los jueces otorguen adecuadamente la patria potestad (o la tenencia).

Existe el deber constitucional de promover acciones afirmativas, fundadas en la reivindicación de derechos de las personas en situación de desventaja. En esos casos, la acción afirmativa que se establezca debe cumplir con los elementos propios de la figura, para asegurar que su finalidad (equiparar o compensar derechos) sea cumplida adecuadamente.

La decisión de implementar una acción afirmativa relativa a desigualdades que afectan a las mujeres debe hacerse desde la perspectiva de género, que recoge las diferencias a partir del significado cultural de la mujer y el hombre. Porque aunque el principio de igualdad esté dispuesto en el texto constitucional, este no siempre se cumple. Frente a esa realidad, la acción afirmativa actúa para cambiar cualquier acto discriminatorio hacia la mujer que pudiere presentarse.

Es recomendable seguir implementando acciones afirmativas, porque contienen beneficios para las personas en situaciones de desventaja. Pero deben tener la forma adecuada para cumplir el propósito de igualdad.

Referencias

- Alemany, M. (1999). Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (11), 95-113.
<https://www.redalyc.org/journal/3636/363666951007/363666951007.pdf>
- Aparicio, M., Leyra, B., y Ortega, R. (eds.) (2009). *Cuadernos de género: políticas y acciones de género. Materiales de formación*. Instituto Complutense de Estudios Internacionales. Universidad Complutense.
http://www.multimedia.pueg.unam.mx/lecturas_formacion/relaciones_genero/modulo_8/Marta_Aparicio_Cuadernos_de_Genero.pdf
- Ávila, R., Salgado, J., y Valladares, L. (2009). *El género en el derecho: ensayos críticos*.
<https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/363/GeneroDerechoEnsayos.pdf?sequence=5>
- Ballestrero, M. V. (2006). Igualdad y acciones positivas: problemas y argumentos de una discusión infinita. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (29), 59-76.
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9956/1/Doxa_29_03.pdf
- Barrère, M. (2003). Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (9).
<https://www.uv.es/CEFD/9/barrere3.pdf>
- Camarena Adame, M. E., y Saavedra García, M. L. (2018). El techo de cristal en México. *La ventana. Revista de estudios de género*, 5(47), 312-347.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362018000100312&lng=es&tlng=es.
- Cambridge Dictionary. (s.f.). <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-spanish/untouchable?q=untouchables>
- Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. (2005, 12 de mayo). Congreso Nacional. Registro Oficial No 16.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (2003, 3 de enero). Congreso Nacional. Registro Oficial No 737.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial No 449.

- Constitución Política de la República del Ecuador. (1998, 11 de agosto). Asamblea Nacional Constituyente. Registro Oficial 1997-02-13, No 2.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre 1979, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf
- Cuadrado, I., y Morales, J. (2007). Algunas claves sobre el techo de cristal en las organizaciones. *Journal of Work and Organizational Psychology*, 23(2), 183-202. <https://journals.copmadrid.org/jwop/art/6395ebd0f4b478145ecfbaf939454fa4>
- Dworkin, R. (2018) *Taking rights seriously: With a New Appendix, a Response to Critics*. Harvard University Press.
- Facio, A. (2009). El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*, 65-78. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1498/interpretacion-principios-en-si-esp-2009.pdf>
- Fernández, E. (1994). Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI (1994), 141-157. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1994-10014100158
- González Luna, T., Rodríguez Zepeda, J. y Sahuí Maldonado, A. (coord.) (2017). *Para discutir la acción afirmativa Teoría y Normas Volumen 1* Editorial Trauco http://www.catedraunesco.cucsh.udg.mx/sites/default/files/para_discutir_la_accion_afirmativa_vol.1.pdf
- 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. (2012, 11 de enero). Consejo de la Judicatura Transitorio. Registro Oficial No 616. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concurso101jueces/Instructivo.pdf>
- Kemelmajer, A. (2001). Las acciones positivas. *Revista Jueces para la democracia*, (41), 49-69. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174857.pdf>

- Lagarde, M. (2016). *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Horas y HORAS.
- Lamas, M. (1996). La perspectiva de género. *Revista de Educación y Cultura de la sección 47 del SNTE*, No 8, Enero-marzo, 216-229. https://www.ses.unam.mx/curso2007/pdf/genero_perspectiva.pdf
- Ley Orgánica de participación ciudadana. (2010, 20 de abril). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial 175.
- Ley Orgánica de Servicio Público. (2010, 6 de octubre). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial No 294.
- Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia. (2020, 3 de febrero). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial No 134.
- Navarro, J. (2015, marzo). Definición de Reivindicación. Definición ABC. <https://www.definicionabc.com/historia/reivindicacion.php>
- Navarro, L. (2007). Acción positiva y principio de igualdad. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (112). <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9740/9186>
- Nogueira, Ch. (2006, marzo 6). 36 países mantienen la discriminación de las mujeres en sus leyes nacionales. *El país*. https://elpais.com/diario/2006/03/07/sociedad/1141686008_850215.html?pr m=copy_link
- Nogueira, H. (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas. *Revista de derecho-Universidad Católica del Norte*, 13(2), 61-100. <https://www.redalyc.org/pdf/3710/371041319004.pdf>
- Osborne, R. (1997). Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad. *Papers* 53, 65-76. <https://doi.org/10.5565/rev/papers/v53n0.1895>
- Otero, C. (2002). Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la política social comunitaria. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 6(12), 489-502. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/266011.pdf>
- Real Academia Española [RAE]. (s.f). <https://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola>
- Rey Martínez, F. (1996). La Discriminación Positiva de Mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de

- octubre de 1995, asunto Kalanke). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 16(47) 309-332.
- Ruiz Miguel, A. (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (19), 123-135.
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10467/1/doxa19_07.pdf
- Segato, R. (2007). Racismo, discriminación y acciones afirmativas: herramientas conceptuales. En J. Ansión y F. Tubino (Eds.), *Educación en ciudadanía intercultural: experiencias y retos en la formación de estudiantes universitarios indígenas* (63-90). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sentencia No. 007-10-SIN-CC. (2010, 15 de julio). Corte Constitucional (Patricio Pazmiño Freire, M.P).
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e462b7b1-07bf-4172-a731-8fb244a6998f/0006-08-IN-res.pdf>
- Sentencia No. 28-15-IN/21. (2021, 24 de noviembre). Corte Constitucional (Enrique Herrería Bonnet, M.P).
https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/28-15-in-fw.pdf
- Sentencia No. 7-11-IA/19. (2019, 28 de octubre). Corte Constitucional (Enrique Herrería Bonnet, M.P).
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/29b74f59-ca72-4535-bfad-25535ba0c23b/0007-11-ia-sentencia.pdf?guest=true>
- Shastri, A. (2014). Gender inequality and women discrimination. *IOSR Journal Of Humanities And Social Science*, 19(11), 27-30.
<https://www.iosrjournals.org/iosr-jhss/papers/Vol19-issue11/Version-7/E0191172730.pdf>
- Sowell, T. (2004). *Affirmative action around the world: An empirical study*. Yale University Press.
- Tajahuerce, I. y Suárez, M. (s.f.) *Así es la violencia vicaria, la expresión más cruel de la violencia de género*. Universidad Complutense de Madrid.
<https://www.ucm.es/otri/noticias-violencia-vicaria-ucm>
- Tituaña, L. G. P. (2022). El rol de la mujer en espacios de docencia y cargos directivos en Instituciones de Educación Superior: estudio de caso Universidad Central

- del Ecuador (2010-2020). *Revista Andina de Educación*, 5(2), 000526-000526.
<https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/ree/article/view/3166/3442>
- Torres, I. (2008). Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad. *Revista IIDH*, (47), 225-240. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23830.pdf>
- Zavala Romanes (2003). La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (9).
<https://www.uv.es/cefd/9/barrere2.pdf>
- Ziliani, E. (2011). La acción afirmativa en el derecho norteamericano. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"*, Año 5, Edición Especial, 69-80.
<https://www.academia.edu/download/60618339/R000E01A005F201120190916-53080-o6j37k.pdf#page=69>



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Nosotras, **Paredes Vallejo, Natalia Alexandra**, con C.C: # **1104444128** y **Párraga Gusqui, Johanna Ninoska**, con C.C: #**0952974202**, autoras del trabajo de titulación: **La sentencia 28-15-IN de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Un caso de acción afirmativa?** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaramos tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizamos a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **15 de septiembre de 2022**

f. 

Nombre: **Paredes Vallejo, Natalia Alexandra**

C.C: **1104444128**

f. 

Nombre: **Párraga Gusqui, Johanna Ninoska**

C.C: **0952974202**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La sentencia 28-15-IN de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Un caso de acción afirmativa?		
AUTOR(ES)	Natalia Alexandra, Paredes Vallejo; Párraga Gusqui, Johanna Ninoska		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab. Briones Velasteguí, Marena Alexandra, Mgs.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	15 de septiembre de 2022	No. DE PÁGINAS:	39
ÁREAS TEMÁTICAS:	Niñez y adolescencia, justicia constitucional, perspectiva de género.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Acción afirmativa, perspectiva de género, justicia constitucional, tenencia, patria potestad, preferencia materna.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):	<p>En el caso no. 28-15-IN se declara la inconstitucionalidad del artículo 106 #2 y #4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que contenía la regla de preferir a la madre al momento de otorgar la patria potestad en caso de no haber acuerdo entre el padre y la madre, a pesar de que ambos padres se encontraran en igualdad de condiciones. En el desarrollo del caso se planteó la posibilidad de que la preferencia materna se tratara de una medida de acción afirmativa. El presente trabajo analiza la figura de acción afirmativa que consiste en un tratamiento preferencial a favor de los miembros de grupos que han sufrido actos de discriminación sistemática e histórica en diversos ámbitos de la vida social como en el laboral, educacional y política. La perspectiva de género permite dar cuenta de si una disposición es favorable para la mujer, o si esta responde a concepciones culturales. Es a partir de estos criterios que podemos decir que la preferencia materna no cumple con el propósito de la acción afirmativa, el cual es la reivindicación de los derechos de las personas en situación de desigualdad.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-98-657-0287 +593-09-68-451-452	E-mail: natalia.paredes@cu.ucsg.edu.ec johanna.parraga@cu.ucsg.edu.ec	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza		
	Teléfono: +593-4-2222024		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			