

CATALINA CASTRO LLERENA - DIEGO ZAMBRANO ÁLVAREZ

# Perspectiva de Género en el Derecho Electoral



*Justicia que garantiza democracia*

**República del Ecuador**  
**Tribunal Contencioso Electoral**

Dra. Catalina Castro Llerena  
JUEZA - PRESIDENTA

Dr. Patricio Baca Mancheno  
JUEZ - VICEPRESIDENTE

Dr. Guillermo González Orquera  
JUEZ ELECTORAL

Dra. Patricia Zambrano Villacrés  
JUEZA ELECTORAL

Dr. Miguel Pérez Astudillo  
JUEZ ELECTORAL

Dr. Guillermo Falconí Aguirre  
SECRETARIO GENERAL

**AUTORES**

Dra. Catalina Castro Llerena  
Dr. Diego Zambrano Álvarez

---

LOS CONTENIDOS DE ESTA OBRA SON RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE LOS AUTORES Y  
NO REPRESENTAN NINGUNA POSICIÓN INSTITUCIONAL

---

**Coordinación de la publicación**

Lic. Francisco Tomalá

**Diagramación**

Ing. Fernando Rivera

**Portada**

David Echeverría

© Derechos reservados TCE 2013

ISBN: 978-9942-07-520-8

Impreso en TECNOPRINT

Primera edición: 2013

Quito, Ecuador

# Índice

<b>Prólogo.....</b>	<b>1</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>PRIMERA PARTE.....</b>	<b>17</b>
<b>I DERECHO A LA IGUALDAD MATERIAL DE LA MUJER FRENTE AL SUFRAGIO PASIVO.....</b>	<b>19</b>
1.1 Crítica a la concepción liberal de los Derechos Humanos.....	19
1.2. Ciudadanía y Participación Política de la Mujer.....	40
1.3. Las acciones afirmativas de cuota y su importancia en el sistema jurídico-electoral: Algunos aspectos propios del debate contemporáneo.....	44
1.4. Acciones afirmativas de partida y resultados alcanzados.....	58
<b>II ELEMENTOS INSTITUCIONALES RELEVANTES PARA LA PROMOCIÓN DEL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO DE LA MUJER.....</b>	<b>67</b>
2.1 Sistema de Partidos.....	71
2.2 Método de realización de las elecciones primarias.....	77
2.3 El Tamaño de las Circunscripciones Electorales.....	83
2.4. Magnitud de los partidos y movimientos políticos.....	87
2.5. Financiamiento de la campaña electoral.....	92
Conclusiones.....	99
Bibliografía.....	102

<b>SEGUNDA PARTE.....</b>	<b>113</b>
<b>III EL CÓDIGO DE ÉTICA CONTENCIOSO</b>	
<b>ELECTORAL: UN COMPROMISO CON LA EXCELENCIA Y</b>	
<b>LA DEMOCRACIA.....</b>	<b>115</b>
La ética como derivación del razonamiento práctico.....	115
Escuelas del pensamiento ético.....	117
El compromiso con la excelencia.....	121
El Código de Ética y las virtudes funcionales.....	126
Bibliografía.....	134
<b>IV ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CON</b>	
<b>PERSPECTIVA DE GÉNERO.....</b>	<b>137</b>
1. Acuerdos Conceptuales.....	137
2. Motivación.....	147
2.1.- Interpretación jurídica de las normas.....	147
2.2. Interpretación jurídica de los hechos.....	155
2.3 Relación lógica entre las normas y los hechos.....	161
2.4. La motivación como causa de nulidad absoluta.....	163
3. Razonamiento abstracto y caso concreto.....	166
Bibliografía.....	176

<b>V LAICISMO, LIBERTAD DE OPINIÓN Y DEMOCRACIA: A PROPÓSITO DEL CASO NELSON ZAVALA.....</b>	<b>118</b>
1. Los estándares internacionales de referencia.....	183
2. Los hechos del caso propuesto.....	189
3. Sobre la reserva de ley.....	190
4. Sobre la idoneidad de la sanción, en función del fin legítimo perseguido.....	192
5. Sobre la proporcionalidad de la medida sancionatoria.....	195
6. Sobre el laicismo y sus aportes al caso en concreto.....	198
7. El laicismo y la democracia.....	201
Bibliografía.....	203



## PRÓLOGO

No cabe duda que la adopción de un sistema de cuotas de género para la integración de listas para elecciones pluripersonales, equivalente al 50%, junto con un orden secuencial entre mujeres y hombres, según lo prevé el artículo 65 de la Constitución de la República constituye una de las medidas de acción afirmativa, de carácter normativo, más eficaces y determinantes para alcanzar una participación plena de la mujer en política; sin perjuicio de ello, los datos con que se cuentan, demuestran que esta participación se encuentra muy por debajo de lo exigido por la cuota, pese a que se evidencia un importante incremento de presencia femenina en todos los espacios de poder.

Por ejemplo, según datos de la CEPAL, el incremento del porcentaje de mujeres en cargos ministeriales en Ecuador se ha incrementado cuantitativamente, partiendo de un 13,8%, durante el período presidencial de Alfredo Palacios (años 2005 y 2006) hasta llegar al 34,8% durante el primer mandato de Rafael Correa (años 2009 y 2012).<sup>1</sup>

Desde el punto de vista internacional, pueden reconocerse algunos patrones de comportamiento electoral más o menos similares, que se producen en contextos normativos más o menos homogéneos, lo que de alguna forma demuestra que el régimen jurídico encausa las conductas de los sujetos políticos que adoptan comportamientos estratégicos, en función de objetivos políticos consistentes en conquistar la mayor cantidad posible de espacios de poder.

Según datos de IDEA Internacional, se conoce que el 7,9% de alcaldías; el 20,7% de concejalías; y, el 23,5% de los tribunales electorales de América Latina están siendo ocupados por mujeres, pese a que ellas

---

1 CEPAL, *Observatorio de Igualdad y Género de América Latina y el Caribe*, disponible en: <http://eclac.org/edecisiones/>. (Consultado 24-ago-2012).

representan el 50% de la población.<sup>2</sup> En el caso de las alcaldías, destacan países como Chile que presenta el porcentaje más elevado de la región, con un 12,1%, seguido por República Dominicana con un 11,3%; siendo Brasil el país con menor porcentaje de mujeres alcaldesas con un 7,5%.<sup>3</sup> En el caso ecuatoriano, para el año 2013, de los 221 cantones existentes, apenas 15 de las alcaldías son ocupadas por mujeres; es decir el 6,78%.<sup>4</sup> La tendencia se mantiene en el caso de prefecturas en las que tres, de las 24 son ejercidas por mujeres; esto es, el 12,5%.<sup>5</sup>

Más allá de datos fríos, al momento de prescribir la integración paritaria y secuencial entre mujeres y hombres, para la conformación de listas para elecciones pluripersonales, la Constitución de la República reconoce explícitamente que existe un estado situacional que le es adverso a la mujer que tiene aspiraciones de acceder a cargos de elección popular.

Datos históricos demuestran que desde tiempos de la colonia, hasta la actualidad la mujer ha sido ajena a la vida pública y laboral. Claramente, esta situación no se debe a características biológicas y mucho menos capacidades intelectuales; las razones que explican la ventaja que los hombres tenemos en estas áreas de la vida social tienen que ver, en casi su totalidad con artificios sociales derivados de la cultura, la economía, la política cuyas justificaciones más elocuentes están en la filosofía, la academia, la economía y la política.

Se destaca además que, pese a que en Ecuador existe el sistema de cuotas más elevado posible (paridad y secuencialidad), los estereotipos sociales en nuestras sociedades se mantienen. Resulta decidir que para las elecciones presidenciales de 2013, en Ecuador, de los ocho binomios

---

2 Sara Mía Noguera, "Incorporación de la perspectiva de género en la observación electoral: Una contribución para el pleno ejercicio de los derechos políticos de las mujeres en el hemisferio, Organización de Estados Americanos", ponencia dictada en la V Jornada Electoral organizada por el Instituto Federal Electoral de México, durante los días 26 y 30 de noviembre de 2012.

3 Beatriz Llanos y Kristen Sample. *30 años de democracia: ¿en la cresta de la ola?*, Lima, IDEA Internacional, 2009, p. 25.

4 Datos obtenidos del portal web oficial de la Asociación de Municipalidades del Ecuador (AME). Referencia: <http://www.ame.gob.ec/ame/> (consulta 11-12-2012).

5 Datos obtenidos del portal web oficial del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador (CONGOPE). <http://www.gesoren.org.ec/index.php/links/93-consorcios-de-consejos-provinciales-del-ecuador-concope>. consulta: 28-12-2012).



presentados, el 100% de los aspirantes a la Presidencia de la República fueron varones.

En tendencia contrapuesta, seis de las ocho personas que acompañaron la fórmula electoral, fueron mujeres, lo que evidencia que, aún cuando Ecuador es uno de los pocos países en establecer el máximo porcentaje de cuota, como acción afirmativa, la subordinación política de la mujer sigue siendo una de las asignaturas pendientes para el estado constitucional de derechos y justicia.

Este estado de desigualdad es explicable a partir de variables adaptativas, que son aquellas que tienen que ver con las estructuras culturales, las mismas que escapan a nuestro objeto de estudio; por otra parte, se pueden identificar estructuras jurídicas que bajo el velo de una igualdad formal, invisibilizan situaciones de exclusión y efectos jurídicos que reproducen y profundizan situaciones de desequilibrio entre sectores sociales.

Ahora bien, desde el punto de vista electoral, y siguiendo con esta suerte de radiografía situacional introductoria, se puede destacar como dato relevante que en los países con sistemas parlamentarios bicamerales existe una diferencias importantes, en cuanto a la presencia femenina, entre la cámara alta y la cámara baja. Un estudio realizado por Gloria Bonder demuestra que, las cámaras altas en la región presentan un promedio equivalente al 13,5% de escaños ocupados por mujeres, salvo en Argentina cuyo Senado es ocupado en un 38,9% por mujeres; lo que contrasta con el 3,1% de senadoras existentes en República Dominicana.

En relación a las Cámaras Bajas, el incremento del éxito electoral de las mujeres ha sido mayor. Su presencia legislativa oscila entre un 20% y un 30% de escaños. Para la autora, una de las explicaciones de este fenómeno es que, generalmente las personas que ocupan las cámaras altas son depositarias de un mayor prestigio social, por lo que, atendiendo a las estructuras androcéntricas descritas en líneas anteriores, podrían explicar la mayor presencia masculina en los senados latinoamericanos.<sup>6</sup>

---

6 Gloria Bonder, *El liderazgo político de las mujeres en América Latina: Un proceso en construcción*, Madrid, PNUD Fondo España, 2009, pp. 22-23.

La teoría de los derechos humanos no ha sido ajena a esta matriz de subordinación femenina frente al varón. Los derechos humanos tienen como sustento filosófico al pensamiento liberal, que entre tantos postulados, hace una clara diferenciación entre lo público y lo privado; haciendo coincidir supuestas virtudes propias de cada sexo, de tal manera que la mujer fue llamada a hacerse cargo del hogar, del cuidado del marido, hijas e hijos, encasillándose en la esfera propia de la vida privada, en cuanto que al hombre correspondió la vida laboral, política, académica; es decir la vida pública.

Las supuestas virtudes, propias de cada sexo, que justificarían la división de roles dentro de la sociedad, cuando se adjudica de un individuo del otro sexo, dejan de ser virtudes para convertirse en defectos.<sup>7</sup> Por ejemplo, la dulzura y la sensibilidad estética siendo una “virtud femenina”, cuando habita en un varón pueden convertirle en objeto de burlas, agresiones verbales y físicas, y muchas otras formas de discriminación y violencia. En la orilla opuesta, una mujer intelectual, luchadora, que aspira a cargos militares o empleos como ser parte del cuerpo de bomberos, es mal vista, hasta por sus allegados y termina siendo degradada y etiquetada como “machona” “carishina” y términos que desvalorizan su posición en la vida pública.

Este tipo de estructuras sociales, tan rigurosamente segmentadas y jerarquizadas son, tanto para hombres como para mujeres, una barrera que en muchos casos frustra la posibilidad de alcanzar un libre desarrollo de la personalidad; por lo que, si bien la discriminación por razones de género, afecta con mayor fuerza a la mujer, los hombres también somos víctimas de una imagen impuesta para el varón que frustra a las personas de este sexo, que no tienen, ni quieren acercarse al paradigma del “macho”.

Un ejemplo de esta suerte de complementariedad política y vital entre hombre-mujer, bajo relaciones de subordinación se caracteriza en la figura carismática de Eva Duarte, esposa de Juan Domingo Perón, ícono de la política argentina. Para comprender las estructuras interiorizadas a las que nos referimos, resulta elocuente la introducción de su libro “La

---

7 Frances Olsen, “El sexo del Derecho” en Ramiro Ávila et al., Comp. *El Género en el Derecho*” Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 137-139.

razón de mi vida” en la que confiesa:

yo no era ni soy nada más que una humilde mujer, un gorrión en una inmensa bandada de gorriones y él era y es el cóndor gigante que vuela alto [...] si no fuese por él que descendió hasta mí y me enseñó a volar de otra manera, yo no hubiese sabido nunca lo que es un cóndor ni hubiese podido contemplar jamás la maravillosa y magnífica inmensidad de mi pueblo. Por eso ni mi vida ni mi corazón me pertenecen y nada de todo lo que soy o tengo es mío. Todo lo que soy, todo lo que tengo, todo lo que pienso y todo lo que siento es de Perón.<sup>8</sup>

En el caso ecuatoriano, aunque décadas más tarde, la dualidad hombre-mujer y las supuestas virtudes propias de cada sexo, tanto en la vida pública como en la privada fueron puestas en evidencia, durante las elecciones presidenciales de 1997, en las que resultó electo Abdalá Bucaram Ortiz.

Su binomio, Rosalía Arteaga, la primera mujer en el Ecuador en participar y alcanzar la Vicepresidencia de la República era perfectamente opuesta al candidato presidencial. En primer lugar, el solo hecho de ser mujer ya establecía relaciones de alteridad con el líder del Partido Roldosista Ecuatoriano, a esto hay que añadir, que se trata de una mujer serrana,<sup>9</sup> cuando el presidenciable es costeño, es una mujer de educación y costumbres refinadas y de perfil académico, muy lejana y, hasta opuesta a la figura de Bucaram.

La respuesta inmediata de la prensa local fue poco menos que morbosa. Los periódicos reprodujeron, inmediatamente roles sexistas y prejuicios de género. A nadie parecía importar la propuesta programática de la posible Vicepresidenta; las miradas de asombro se posaron sobre su

---

8 Eva Duarte, *La Razón de mi Vida y otros escritos*, Buenos Aires, Planeta, 1997, p. 14.

9 Desde el punto de vista demográfico, la región sierra o andina y la región costa o litoral son determinantes para acceder a la Presidencia de la República en Ecuador, dada la rivalidad regionalista que existe en este país. Desde este punto de vista, la presencia de Arteaga como binomio presidencial fue determinante toda vez que, con ella se pretendía ganar la simpatía de la sierra puesto que el rival a vencer, dentro de la segunda vuelta electoral era Jaime Nebot, cuyo punto débil en la campaña electoral no era otro que su imagen regionalista, vinculada a la costa. Así, siendo los dos candidatos más opcionados a la presidencia varones y costeos, Bucaram equilibró su propuesta con la presencia de una mujer serrana como vicepresidenta.

esposo, quien fue cuestionado respecto a quién asumiría las labores del hogar, en ausencia de Rosalía.

Las razones para que ello ocurra son muy variadas, depende en la mayor de las veces de variables de carácter adaptativo en las que se puede influir desde arriba con medidas y políticas a mediano y a largo plazo. No obstante, existen otras medidas institucionales, de alto impacto a corto plazo, que de alguna manera van develando un sistema excluyente, clasista y sexista sobre el que debemos reflexionar para alcanzar su perfeccionamiento hacia niveles sociales de mayor equidad y solidaridad.

Desde el punto de vista institucional, la fuente de análisis está en el régimen jurídico y de las actuaciones de los órganos que integran la Función Electoral. Así, y entendiendo al sistema normativo electoral desde una perspectiva sistémica, en la que cada institución jurídica tiene un impacto específico y una función determinada en el sistema en su conjunto.

Todo ello, nos obliga a pensar estratégicamente, en la manera de revertir situaciones de exclusión entre personas; para ello, las herramientas son muy variadas, pueden ir desde la acción social directa, por medio de marchas, acciones de hecho; también la influencia en el ámbito educacional, pero también en el ajuste de determinadas instituciones jurídicas en el régimen electoral. En este último aspecto nos centraremos durante el desarrollo de este trabajo.

En un primer momento, es necesario conocer las razones históricas que han determinado una estratificación social sexualizada, para lo cual resulta indispensable indagar en el pensamiento de algunos de los autores más influyentes en la construcción de nuestros idearios sociales como Locke, Kant, Marx así como de autores y autoras contemporáneos como Rawls, Bobbio etc., todo esto, a fin de entender, desde la historia y la filosofía occidental las razones que explican esta situación de desventaja.

Una vez reconocidas las situaciones reales de desigualdad y valorando el impacto producido por las acciones afirmativas existentes, es necesario entender cómo éstas medidas se potencian o reducen su influencia, al contacto con otras variables encontradas en el propio sistema

jurídico; de ahí que, el estudio del sistema de partidos, el tamaño de las circunscripciones electorales, el encabezamiento de las listas, la mayor o menor magnitud de las organizaciones políticas participantes tienen que ser analizadas como parte de un sistema, a fin de conocer las dinámicas que tienen su interacción, a la vez que podamos identificar puntos claves para la intervención estratégica a fin de una posible reforma normativa que sea más coherente con los objetivos igualitarios establecidos por el sistema electoral y el sistema constitucional que reconoce al enfoque de género como criterio transversal en todos los ámbitos de nuestra vida en sociedad.



## INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 108, inciso segundo, en lo que se refiere a las organizaciones políticas, establece que “Su organización, estructura y funcionamiento serán democráticos y garantizarán la alternabilidad, rendición de cuentas y conformación paritaria entre mujeres y hombres en sus directivas. Seleccionarán a sus directivas y candidaturas mediante procesos electorales internos o elecciones primarias.”

Esta medida de acción afirmativa elevada a rango constitucional tiene como objetivo principal, el garantizar el pleno ejercicio del derecho de las mujeres al acceso a cargos públicos bajo condiciones de equidad, de conformidad con lo previsto en su artículo 61, número 7<sup>10</sup>

Más allá de la norma y de la movilización social que existió detrás de ella, el principio de paridad y secuencialidad que se introduce en el régimen electoral resulta ser también un reconocimiento implícito de las condiciones sociales de desventaja en la que se encuentran las mujeres en nuestro país dentro del ámbito de la lucha política por el acceso al ejercicio del poder público, pero fundamentalmente debe ser entendido como un compromiso social y ético que busca superar esta, y cualquier otro tipo, de relación asimétricas existentes entre personas.

Al elevar al 50% el nivel mínimo de participación femenina en las listas para elecciones pluripersonales, frente al 30% que se estableció, por ejemplo, en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Elecciones, promulgada en el año 2000 la misma que se mantuvo vigente hasta la adopción del

---

10 Esta disposición es desarrollada por la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, por medio de sus artículos 86, 94 y 99, cuyo tenor literal expone, “Las candidaturas pluripersonales se presentarán en listas completas con candidatos principales y sus respectivos suplentes. Las listas se conformarán paritariamente con secuencia de mujer - hombre u hombre - mujer hasta completar el total de candidaturas principales y suplentes.”

Régimen de Transición de 2008, se evidencian niveles porcentualmente más elevados de acceso femenino a escaños, dentro de cuerpos colegiados; sin embargo, en términos cualitativos y cuantitativos el desempeño político de la mujer sigue siendo deficitario.

Así, las elecciones generales de 2009, en las que rigió el 50% de participación femenina en la conformación de listas, el 68% de escaños fueron adjudicados a hombres, frente a un 32% que alcanzaron las mujeres, lo que demuestra que las medidas de acción afirmativa de partida, no han logrado cumplir con el objetivo, establecido en el artículo 70 de la Constitución; según el cual, “el Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres...”

Desde el punto de vista político, se puede observar que pese a existir una normativa favorable para promocionar la imagen de mujeres que cumplen satisfactoriamente con el perfil profesional y cuentan con el carisma requerido para ocupar cargos públicos, bajo condiciones de equidad, los resultados alcanzados no se compadecen con el objetivo constitucional, por lo que se hace indispensable analizar otros aspectos del régimen jurídico electoral, a fin de determinar cuáles son las variables que influyen al respecto y; de ser posible, formular propuestas de reforma a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, para alcanzar, en la mayor medida de lo posible, un acercamiento hacia la paridad de género, en el ejercicio del derecho al sufragio pasivo, reconocido en el artículo 61, número 1 de la Constitución de la República.

Estamos conscientes que el solo estudio de las variables normativas no es suficiente para abarcar el problema de la efectiva participación política de las mujeres toda vez que existen otras variables, aún más determinantes, que afectan a nuestro objeto de estudio como las sociales, económicas, culturales, históricas; no obstante, aún reconociendo que estas son variables más determinantes que las jurídicas, el desarrollo de este trabajo académico se centrará en el análisis del régimen jurídico electoral dado su inevitable enfoque jurídico.

Dicho lo cual, debo señalar que el problema sobre el que pretendo reflexionar a lo largo de este trabajo se centra en establecer, con respaldo



en datos duros, si efectivamente las acciones afirmativas de carácter normativo, irradiadas desde la Constitución de la República, hacia todo el sistema jurídico secundario está, o no cumpliendo con los objetivos de tutela efectiva del acceso a cargos de elección popular de mujeres y hombres, en condiciones de equidad.

Para ello, propongo como pregunta central de mi investigación, la siguiente: ¿Cuáles son elementos del sistema jurídico electoral vigente que podrían modificarse a fin de garantizar, de la manera más efectiva posible, el derecho de las mujeres a ser elegidas, bajo condiciones de equidad?

A raíz del planteamiento de la pregunta central, propongo como hipótesis a ser confirmada, la conclusión apriorística según la cual, las medidas de acción afirmativa de cuota constituyen el mecanismo más influyente y decisivo para garantizar el pleno ejercicio del derecho al sufragio pasivo de las mujeres, bajo condiciones de equidad; no obstante, existen otras variables menos relevantes que las leyes de cuota, pero de influencia directa en los resultados que han podido verificarse, tanto en Ecuador, como en varios países de América Central y de América del Sur.

Naturalmente, cada una de las variables que se analizarán durante el desarrollo del capítulo segundo de este trabajo serán evaluadas por sí solas, a fin de conocer su influencia directa dentro del sistema; no obstante, siempre habrá que tener presente los resultados que cada variable produce al entrar en contacto con otras variables y con el sistema en su conjunto; de ahí que, este trabajo pretende conocer el funcionamiento global del régimen jurídico construido a partir del derecho al sufragio activo y pasivo, desde una perspectiva crítica que permita, a su vez, identificar nodos problemáticos a partir de los cuales plantearé varias posibles adecuaciones normativas.

Para el efecto, se parte de una investigación bibliográfica apoyada en el método histórico aplicado a las ideas filosófico-políticas que han sido capaces influir en la manera de comprender al Derecho, a los derechos, a los sistemas jurídicos y de gobierno todo ello con el fin de conocer los idearios sociales que diseñaron, a través del tiempo, nuestros sistemas jurídicos.

Sin perjuicio de ello, el enfoque jurídico que tiene este trabajo, nos hace partir de disposiciones nacionales y supranacionales que nos presentan un panorama normativo dado que para ser analizado en su interior, obliga a acudir a una metodología de corte descriptiva en algunos pasajes de la obra; aunque no se agota en ello toda vez que nuestro principal criterio de análisis se basa en conocer los resultados que ha arrojado el sistema jurídico ecuatoriano.

Para ello, nos acercaremos a metodologías más cercanas a otro tipo de ciencias sociales como es el caso de la politología y la sociología, en cuanto al análisis de datos que puedan ser capaces de demostrar una realidad o, al menos, una tendencia; para lo cual, no necesariamente adoptamos enfoques conductivistas sino que hacemos uso del método comparado de análisis, entre nuestro país y sistemas más o menos análogos.

Para el efecto, aún cuando las fuentes bibliográficas constituyen las referencias más importantes durante el desarrollo de este trabajo, existen fuentes oficiales, de diversos países, que han proporcionado los datos necesarios, tanto para alcanzar una suerte de medición de los resultados alcanzados; así como, para conocer comparativamente como la aplicación de tal o cual medida normativa, bajo un contexto social y normativo determinado ha influido, de haberlo hecho, positiva o negativamente en garantizar el acceso equitativo de las mujeres a cargos de elección popular, específicamente en lo que se refiere a elecciones pluripersonales.

De lo hasta aquí dicho, puede colegirse que el presente trabajo se propone identificar aquellas variables normativas propias del régimen electoral, a fin de evaluar su influencia directa en el ejercicio del derecho al sufragio pasivo de las mujeres, por lo que encontrará sus límites en aquellas variables de carácter cultural y económico, materia de la que se encargan otras ciencias sociales y que supera en mucho la capacidad analítica de esta obra, dada la formación académica de su autor, pese a que a menudo se hará uso de aportes interdisciplinarios, especialmente politológicos en el afán de sustentar en datos objetivos algunas de las afirmaciones que se alcanzan a plantear.

Ahora bien, a fin de abordar nuestro objeto de estudio planteo una división capitular bipartita, en la primera parte. El desarrollo de la

primera parte de este trabajo tiene como base fundamental el trabajo de tesis desarrollado por Diego Zambrano Álvarez previo a la obtención de su título de maestría en Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar. La segunda parte de este libro abarca temáticas más cercanas a la actividad contencioso electoral como temas de argumentación jurídica, ética judicial y el análisis de un caso emblemático del Tribunal Contencioso Electoral, todos ellos cruzados transversalmente por un enfoque de género que reconoce la existencia de condiciones sociales de desventaja históricamente desarrolladas en contra de la mujer y, como tal hacer del derecho una herramienta para impulsar la equidad entre todas las personas, como estrategia de profundización de la democracia en el Ecuador.

En el primer capítulo se buscará justificar desde la historia de las ideas políticas que anteceden al discurso de los derechos humanos y fundamentales, una crítica a la concepción de dignidad humana, formulada desde el liberalismo clásico. El desarrollo de este capítulo pretende demostrar que la igualdad formal no es suficiente cuando en la vida real existen relaciones asimétricas entre mujeres y hombres.

Desde este punto de vista, la teoría de los derechos humanos, que será materia de desarrollo del primer capítulo, se formulará una crítica a la concepción liberal clásica de estas prerrogativas humanas. Reconocemos que los derechos humanos tienen como sustento filosófico al pensamiento liberal, que entre tantos postulados, hace una clara diferenciación entre lo público y lo privado; haciendo coincidir supuestas virtudes propias de cada sexo, de tal manera que la mujer fue llamada a hacerse cargo del hogar, del cuidado del marido, hijas e hijos, encasillándose en la esfera propia de la vida privada, en cuanto que al hombre correspondió la vida laboral, política, académica; es decir la vida pública. Las virtudes supuestamente propias de cada sexo, cuando son propias de un individuo del otro sexo, dejan de ser virtudes para pasar a ser defectos.<sup>11</sup>

Para ello, resulta necesario conocer las razones históricas que han determinado una estratificación social sexualizada, para lo cual indagaremos

---

11 Frances Olsen, "El sexo del Derecho" en: Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, Comp. *El Género en el Derecho* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 137-139.

en el pensamiento de autores determinantes en la construcción de nuestros idearios sociales, todo esto, a fin de entender, desde la historia y la filosofía occidental las razones que explican esta situación de desventaja.

El contexto cultural adecuado a la concepción liberal sobre los roles que deben asumir individuos de ambos sexos se traducen en relaciones asimétricas sexualizadas que buscan ser equilibradas desde el derecho, por medio de la adopción de medidas de acción afirmativas, de carácter legislativo, como es el caso de la obligación de las organizaciones políticas de conformar sus listas de manera paritaria y secuencial.

Sin embargo, la consagración del principio de paridad, como acción afirmativa de partida, de acuerdo con los datos arrojados en el proceso electoral de 2013, no ha producido resultados cercanos a la paridad, por lo que será menester en este trabajo identificar a aquellas variables normativas que influyen de manera directa en potenciar o en disminuir las posibilidades reales de las mujeres para acceder a cargos de elección popular, materia de la que nos ocuparemos durante el desarrollo del segundo capítulo.

El segundo capítulo se enlaza de manera directa con el primero por cuanto; una vez reconocidas situaciones reales de desigualdad y valorando el impacto producido por las acciones afirmativas existentes, es necesario conocer su mayor o menor nivel de influencia, al entrar en contacto con otras variables encontradas en el propio sistema jurídico.

Para ello, entrecruzaremos variables propias del sistema electoral como el sistema de partidos, el tamaño de las circunscripciones electorales, el encabezamiento de las listas, la mayor o menor magnitud de las organizaciones políticas participantes tienen que ser analizadas como parte de un sistema, a fin de conocer las dinámicas que tienen su interacción, a la vez que podamos identificar puntos claves para la intervención estratégica a fin de una posible reforma normativa que sea más coherente con los objetivos igualitarios establecidos por el sistema electoral y el sistema constitucional que reconoce al enfoque de género como criterio transversal en todos los ámbitos de nuestra vida en sociedad.

La identificación del impacto de cada una de las variables a ser analizada, desde una dimensión comparativa, que pueda aportar nuevas luces a partir de la experiencia de otros regímenes permitirán contar con mayores elementos de juicio para proponer adecuaciones a la normativa electoral vigente, siempre en función de potenciar la actual subrepresentación de las mujeres en cargos de elección popular, como medio para garantizar, a plenitud el ejercicio del sufragio pasivo de las mujeres, como medida institucional que unida a otras iniciativas que tiendan a la construcción de una sociedad más justa entre mujeres y hombres.



## **PRIMERA PARTE**





## I

# DERECHO A LA IGUALDAD MATERIAL DE LA MUJER FRENTE AL SUFRAGIO PASIVO

**Diego Zambrano Álvarez**

### 1.1 Crítica a la concepción liberal de los Derechos Humanos

Uno de los enfoques más complejos pero, sin duda, más eficaces para entender y desarrollar estudios jurídico-políticos que den cuenta de la posición que ocupa cada uno de los colectivos e individuos, así como sus expectativas de maximizar sus beneficios sociales es el análisis de las relaciones de poder.

Las relaciones de poder que se entablan dentro de los grupos humanos, aún cuando una norma jurídica declare que son iguales ante ella (igualdad formal),<sup>12</sup> producen que la realidad muchas personas se encuentran en posición de desventaja; por lo que, a más del reconocimiento jurídico de la igualdad, es indispensable tener en cuenta las diferencias sociales existentes para adoptar medidas concretas que favorezcan al acercamiento colectivo hacia una igualdad real o en derechos.

---

<sup>12</sup> Constitución de la República, artículo 11, número 2, inciso primero. “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”

Cuando la Constitución ecuatoriana prescribe que el estado, por medio de sus órganos, está en la obligación de adoptar "...medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real o material en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad"<sup>13</sup> está reconociendo expresamente la existencia de desequilibrios sociales de partida y se plantea el objetivo de superarlos.

Desde un enfoque más cercano al estudio de las relaciones de género, el artículo 2, letra c) de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establece que

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:... c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

La norma transcrita reconoce que en la vida cotidiana existen relaciones desiguales entre hombres y mujeres; de ahí, la necesidad de establecer medidas de protección jurídica concretas para garantizar el pleno ejercicio los derechos humanos de ellas. La tradicional sumisión de mujeres a sus padres, hermanos y maridos fue y es el resultado de una división jerarquizada de roles y estereotipos culturalmente asignados a cada sexo e interiorizados inconscientemente, conforme lo analizaremos. Por ahora, me remito a Carole Pateman, quien describe esta situación de la siguiente manera:

En la conciencia popular (y académica) la dualidad de femenino y masculino sirve a menudo para encapsular o representar la serie (o el círculo) de oposiciones y separación característicamente liberales: femenino o (naturaleza, personal, emocional, amor, privado, intuición, moralidad, adscripción, particular, sometimiento);

---

13

Constitución de la República, artículo 11, número 2, inciso segundo.

masculino o (cultura, política, razón, justicia, público, filosofía, poder, éxito, universal, libertad). La más fundamental y general de estas contraposiciones identifica mujer con naturaleza y hombre con cultura.<sup>14</sup>

Desde este punto de vista, y reconociendo que hombres y mujeres somos titulares de los mismos derechos fundamentales y humanos, así como de otros derechos específicos a la condición personal de cada individuo, debemos destacar la importancia de redefinir la forma de entender a estos derechos puesto que su concepción original, de corte liberal presenta una concepción androcéntrica y excluyente para quien no comparte las características personal alrededor del cual se fue definiendo el concepto de sujeto pleno de derechos. Esta es precisamente la hipótesis que pretendo sostener a lo largo de la primera parte de este trabajo.

La perspectiva liberal-clásica de los derechos humanos tiene su origen en la filosofía de John Locke, quien reconoce la existencia de derechos anteriores a la persona y al estado, que le son innatos e inherentes; y como tal, inviolables, imprescriptibles e inderogables. Estas características hacían que el estado dote al ser humano de garantías normativas y procesales que permitan su tutela efectiva, inclusive frente al propio estado.

Estas ideas sobre derechos esenciales a la persona fueron defendidas por el pensamiento federalista norteamericano y le dio identidad a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y al constitucionalismo republicano-presidencialista. Muchos de estos postulados perviven en las actuales constituciones, como es el caso de la Constitución ecuatoriana cuyo artículo 11, número 6 señala que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”

La construcción filosófico-política del liberalismo, como parte del pensamiento desarrollado en occidente, es legataria de un tipo de racionalidad extendida por toda su construcción cultural, la misma que

---

14 Carole Pateman, “Críticas feministas a la dicotomía público/privado”, en Ramino Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, Comp., *El Género en el Derecho. Ensayos Críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 46.

podría resumirse en una forma dicotómica de entender la realidad a partir de opuestos, generalmente jerarquizados. La racionalidad de occidente se caracteriza por ser un pensamiento de estructura binaria (bueno/malo, amigo/enemigo, hombre/mujer, público/privado), conforme puede identificarse desde sus antecedentes más remotos.

Aristóteles planteó un sistema de racionalidad binaria, e identificó como una virtud el hecho de encontrar el punto medio que existe entre los extremos opuestos. Desarrollando esta idea hacia la convivencia entre seres humanos, Aristóteles infirió la existencia de relaciones de complementariedad, que según él existía entre hombre y mujer.

Para Aristóteles, la mujer se ubicaba en un estado intermedio entre el hombre libre y el esclavo; no podía ser considerada capaz para ocuparse de asuntos públicos ni económicos, pero tampoco podía ser tratada como esclava, por reconocérsele algún grado de humanidad por ser hija de un hombre libre. Esto conllevó a que la mujer esté siempre sometida a la tutela de su padre, hermanos y marido.

En la Política, Aristóteles sostiene que: “...en la familia, las funciones del hombre y las de la mujer son opuestas, consistiendo el deber de aquel en adquirir y el de ésta en conservar...”<sup>15</sup> El pensamiento binario aristotélico y la complementariedad que existiría entre los dos sexos se identifican con la diferencia que se hace entre lo público (*la polis*) y lo privado (*el oikos*). El hogar quedó bajo la administración de la mujer y la conducción del estado pasó a ser un “asunto de hombres libres”.

Siguiendo con el pensamiento clásico, Erasmo, en su Elogio de la Locura, señala que “es la mujer un animal inepto y necio; pero, por lo demás, complaciente y gracioso. De modo que su compañía en el hogar suaviza y endulza con su necedad la melancolía y aspereza de la índole varonil.”<sup>16</sup> Tuvieron que pasar muchos siglos para que la mujer sea vista como un ser humano en todo el sentido de la palabra; no obstante, se mantienen rezagos culturales que nos asignan roles y tratos diferenciados entre nosotros y ellas.

---

15 Aristóteles, *La Política*, Libro Octavo, p. 117, disponible en: [www.edu.mec.gub.uy/biblioteca\\_digital/.../a/Aristoteles%20-%20Politica.pdf](http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/.../a/Aristoteles%20-%20Politica.pdf) (fecha de consulta: 7-may-2013).

16 Erasmo, *Elogio de la locura*, Barcelona, Folio, 2007, p. 33.

Cabe indicar que fue el liberalismo quien impuso la idea de la igualdad, al menos en sentido formal, entre todas y todos; no obstante estas construcciones filosóficas giran alrededor del concepto de dignidad y esta presenta algunas dificultades en relación a los efectos que produce en la vida real. A fin de poder sustentar mejor lo afirmado, realizaré un breve recuento respecto de algunos sistemas filosóficos cuyos esquemas doctrinarios han tenido influencia en los roles socialmente asignados a la mujer en nuestras sociedades, lo que ha generado su exclusión de la ámbitos tan importantes como lo es la política.

Entre los autores modernos, Immanuel Kant es quien de manera más precisa se acercó al concepto de dignidad humana, alrededor de la cual girará el desarrollo de los derechos consagrados en la Declaración de Derechos de Virginia, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano; y el derecho internacional de los derechos humanos, siglos después. En palabras de Kant "...el hombre es harto impío, pero la humanidad en su persona debe ser sagrada para él. En toda la creación, cuanto se quiera sobre lo cual se tenga poder, puede emplearse también como mero medio; solamente el hombre, y con él toda criatura racional, es fin en sí mismo. En efecto, es el sujeto de la ley moral, que es sagrada, en virtud de la autonomía de su voluntad."<sup>17</sup>

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, hago énfasis en "*el hombre*" fue un catálogo de derechos elaborado desde una perspectiva de clase tan fuerte por razones históricas, que no podía ser extendida a una persona que no fuese varón, blanco, propietario y económicamente independiente.<sup>18</sup>

---

17 Immanuel Kant. *Crítica a la razón práctica*, Buenos Aires, La Página, 2003, p. 77.

18 La influencia cultural, en cuanto a la interpretación de las declaraciones de derechos, no fue ajena al desarrollo constitucional ecuatoriano. A partir de la Constitución de 1835 se eliminó el requisito de ser varón para ejercer los derechos de ciudadanía; no obstante, persistió la de alfabetismo, con lo que las mujeres quedaron al margen, por la prohibición de acceso a la educación formal. La Constitución Alfarista de 1906, época en la que se hizo posible el acceso a la educación básica de la mujer, en su artículo 13, estableció que "Para ser ciudadano se requiere tener veintiún años de edad y saber leer y escribir" y en su artículo 31: "Para ser elector se requiere ser ciudadano en ejercicio, y reunir las demás condiciones que, en los respectivos casos, determinan las leyes." La Constitución de 1869 tampoco especificó que la ciudadanía era exclusiva de hombres, pero otras disposiciones lo hacía inferir. A diferencia de las Constituciones precedentes, se eliminó la característica de varón para adquirir derechos de ciudadanía; no obstante, las condiciones culturales hicieron que, previo a la aprobación de la Constitución de 1929, en la que ya se especificó que los derechos políticos son para mujeres y hombres, se vea como un hecho "escandaloso" que una mujer, Matilde Hidalgo, se acercara a sufragar.

Esta matriz androcéntrica del derecho provocó reacciones por parte de las mujeres, quienes reclamaron su legítimo reconocimiento en el proceso revolucionario, en el que compartieron, junto a los hombres, los infortunios propios de la guerra. Pese a ello, el Derecho excluyó de la educación formal de juristas a la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana de 1791, de Olimpia de Gouges. Esta declaración convocó a las madres, las hijas, las hermanas, representantes de la Nación, para que se instalen en Asamblea Nacional al considerar que "...la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos". La irreverencia de Olimpia de Gouges, dos años después, la llevó a la guillotina.

Así, aunque parezca un contrasentido, el derecho revolucionario se convirtió en un defensor del *status quo* y de la conservación de un nuevo sistema cerrado, excluyente, clasista y androcéntrico; es decir, en aquello en contra de lo cual, años atrás se levantó en armas.

Naturalmente, el pensamiento moderno del siglo XVII no llegó a conclusiones unánimes; por el contrario, frente a la teoría jacobina de los derechos del hombre y del ciudadano, y a su pretendida universalización conceptual a todo "hombre" del planeta; se destaca la crítica expuesta por Edmund Burke; según la cual "...la naturaleza humana está socialmente determinada y cada sociedad crea su propio tipo de persona, por lo tanto, no existen derechos generales del hombre y en caso de que existan, no tienen ningún valor. Los únicos derechos efectivos son los creados por una historia particular, por una tradición y una cultura."<sup>19</sup>

Esta concepción constructivista de los sistemas jurídicos y de las prerrogativas que éstos reconocen a las personas que habitan sus territorios reapareció durante la revolución industrial, de la misma forma que surgió su más brillante detractor en Marx, quien analizó la realidad social, a partir del estudio de las condiciones económicas de producción, sobre las cuales se levanta cualquier tipo de superestructura como la ciencia, la cultura, el derecho, y lógicamente las relaciones dentro del hogar.

---

19

Costas Douzinas, *El Fin de los Derechos Humanos*, Bogotá, Legis, 2008, p. 188.

En el Manifiesto del Partido Comunista, Marx explica cómo la historia ha ido jerarquizando a los grupos sociales y sometiendo a unas personas al poder de otras, en razón del acaparamiento de los medios de producción. El sistema económico implementado por la burguesía tuvo repercusiones en todos los ámbitos sociales, entre ellos, en las relaciones entre personas de los dos sexos. Según Marx "...para el burgués su mujer no es otra cosa que un instrumento de producción..."<sup>20</sup>

Desde la perspectiva marxista, los derechos humanos no son más que un producto histórico derivado de revoluciones burguesas, razón por la cual su sistema jurídico está plagado de prejuicios sociales y culturales. Claramente, los ideales de libertad, igualdad y fraternidad que son los postulados más abarcentes de la Revolución Francesa solamente pueden ser aplicados a quienes tuvieran los medios materiales para su ejercicio; es decir a quien comparte la matriz burguesa alrededor de la cual fue desarrollándose un sistema jurídico que décadas más tarde llegaría, caso sin reparos, a regir en las nacientes repúblicas de América Latina.

Desde otra orilla del pensamiento, el psicoanálisis de Freud buscó otorgar sustento científico a la supuesta existencia de características propias de hombres y de mujeres. En una de sus conclusiones señala que "Las mujeres representan los intereses de la familia y de la vida sexual; la obra cultural, en cambio, se convierte cada vez más en tarea masculina, imponiendo a los hombres dificultades crecientes y obligándoles a sublimar sus instintos, sublimación para la que las mujeres están escasamente dotadas."<sup>21</sup>

En suma, el liberalismo y el pensamiento filosófico y científico fueron modelando una estructura que cubre a tres concepciones básicas que se encuentran en el núcleo mismo de nuestros ordenamientos jurídicos. Por una parte, deja clara la idea de un ser humano único e igual en dignidad y derechos; por otra parte, instaura una lógica individualista, que en términos pragmáticos resulta excluyente; y finalmente, separa la vida pública de la privada, asignando roles sexualizados a estas dos esferas.

---

20 Karl Marx y Federico Engels, *Manifiesto Comunista*, Buenos Aires, El Aleph, 2005, p.59.

21 Sigmund Freud. *El malestar en la cultura*, Versión Electrónica del libre acceso [www.infotematica.com.ar](http://www.infotematica.com.ar), p. 34, disponible en: [publicaciones.fba.unlp.edu.ar/.../FREUD-Sigmund-El-malestar-en-la-cultura-pdf](http://publicaciones.fba.unlp.edu.ar/.../FREUD-Sigmund-El-malestar-en-la-cultura-pdf) (fecha de consulta: 11-abr-2013).

Identificada así la posición social de mujeres, encasilladas en la vida privada; y hombres, destinados a actuar en la vida pública, las prerrogativas humanas reconocidas por los diferentes sistemas normativos guardarían, en su propia esencia, el germen de su contradicción. Hannah Arendt explica:

La *polis* se diferencia de la familia en que aquella solo conocía iguales, mientras que la segunda era el centro de la más estricta desigualdad. Ser libre significa no estar sometido a la necesidad de la vida ni bajo el mando de alguien y no mandar sobre nadie (...) Así, pues, dentro de la esfera doméstica, la libertad no existía, ya que al cabeza de familia solo se le consideraba libre en cuanto tenía la facultad de abandonar el hogar y entrar en la esfera política, donde todos eran iguales.<sup>22</sup>

La diferenciación entre lo público y lo privado, otra de las divisiones clásicas del liberalismo y derivación del pensamiento binario al que nos hemos referido, ubica a la mujer en la esfera de lo privado o doméstico; lo que a su vez, la ata a vínculos de procreación y crianza de los hijos. Al mismo tiempo, estas actividades, pese a ser indispensables para la reproducción de la vida humana, han sido socialmente desvalorizadas. Por el contrario, la vida pública, tradicionalmente asignada al varón, resulta ser el camino hacia respeto, el prestigio y el reconocimiento social. Claramente, la división del trabajo entre hombres y mujeres, así como la división de roles y la jerarquización entre ellos generan un sistema económico específico, que adecúa a sus estructuras, las relaciones sociales. Para Carole Pateman,

La distinción entre la vida doméstica y privada de las mujeres y el mundo público de los hombres no tiene el mismo significado en la misma sociedad premoderna que el actual capitalismo liberal; por tanto, considerar las sociedades actuales y las de la época de los/as cazadores-recolectores a partir de una posición general entre naturaleza y cultura, o público y privado, únicamente puede llevar a poner énfasis en la biología o en la naturaleza.<sup>23</sup>

---

22 Hannah Arendt. *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 44-45.

23 Carole Pateman, *op. cit.*, p. 48-49.



En esta línea de pensamiento, el liberalismo que inspira a nuestros sistemas normativos ha evolucionado con la influencia de regímenes supranacionales;<sup>24</sup> no obstante, conserva su razón primaria en el concepto de dignidad, sobre el cual profundizaremos un poco más.

Desde una perspectiva existencialista, a la que me adscribo, Sartre sentencia que “la existencia precede a la esencia”; de cuyo desarrollo teórico infiere,

...esta naturaleza humana, que es el concepto humano, se encuentra en todos los hombres, lo que significa que cada hombre es un ejemplo particular de un concepto universal, el hombre en Kant resulta de esta universalidad que tanto el hombre de los bosques, el hombre de la naturaleza y el burgués están sujetos a la misma definición (...) si Dios no existe, hay por lo menos un ser que existe antes de poder ser definido por ningún concepto (...) el hombre, tal y como lo concibe el existencialismo, si no es definible, es porque empieza por no ser nada. Solo será después, y será tal como se haya hecho.<sup>25</sup>

Desde la óptica que en este trabajo propongo, el ser humano tiene que ser analizado por el derecho, a partir de dos dimensiones no necesariamente antagónicas: una objetiva y otra subjetiva. El enfoque objetivo del ser humano guardaría relación con su ser biológico, sus características comunes a la especie y específicas de cada individuo como es el caso de las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, se concibe al ser humano tan diverso, como cuerpos existen en el mundo, no solo en cuanto hombre/mujer, sino en razón de su edad, salud, talentos y capacidad de desarrollar libremente su existencia; de ahí que, los criterios de análisis están llamados a descender a especificidades concretas, sin que esto implique caer en particularismos que hagan imposible su teorización.

---

24 El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

25 Jean-Paul Sartre, *El existencialismo es un humanismo*, Barcelona, Ediciones Folio, 2007, p. 13-14.

Subjetivamente hablando, el ser humano se lo concebiría a partir de su contexto cultural, superestructura artificial que ha interiorizado durante el transcurso de su vida pero que, como cualquier otra construcción humana, puede ser cuestionada y repensada una y otra vez, a la luz de objetivos esenciales, asumidos como socialmente valiosos.

Se propone entonces: reconocernos biológicamente diferentes, pero a la vez constructoras y constructores de una cultura viva, dinámica; y como tal, perfectible. A partir de ahí, será importante adentrarnos en las superestructuras jurídica y política, que son los que dan su fisonomía el estado y la sociedad civil. En este sentido las y los juristas están llamados a repensar sus normas y principios a fin de influir estratégicamente en la vida diaria a fin de promover "...la plena e igualitaria participación de la mujer en las estructuras políticas de sus respectivos países como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática", según lo presenta el artículo 28 de la Carta Democrática Interamericana como un objetivo para la región.

Autoras como Linda McDowell distingue con claridad la diferenciación que existe entre género y sexo, al señalar que "...el término género se utiliza en oposición al término sexo. Mientras que el segundo expresa las diferencias biológicas, el primero describe las características socialmente construidas."<sup>26</sup>

En esta línea de pensamiento, el enfoque de género<sup>27</sup> que propongo para este trabajo se centra en reconocer diferencias biológicas propias de cada sexo, las mismas que únicamente pueden tener relevancia jurídica cuando se busca reconocer una necesidad para garantizar jurídicamente su satisfacción; a la vez que reconocería la existencia de relaciones inequitativas entre individuos de los dos sexos, con la intención de introducir

---

26 Linda McDowell, "La definición del género" en: Ramiro Ávila Santamaría *et al.* Comp., *El género en el Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 14.

27 "El enfoque feminista irrumpe en la ciencia política a finales del decenio de 1960, influido en gran parte de por el movimiento social feminista de la época. Pero debe diferenciarse con claridad entre este movimiento y el enfoque feminista de la ciencia política. El primero es un movimiento social y político que busca cambiar unas prácticas discriminatorias y lograr unos derechos, garantías y libertades, tradicionalmente negadas a las mujeres. El segundo consiste en una corriente intelectual, la cual se ocupa de un saber, el de la ciencia política, y ambiciona corregir lo que considera una amplia serie de errores de género en dicho saber." Rodrigo Losada *et al.* Enfoques para el análisis político, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, p. 210.

medidas de acción afirmativas que permitan superar los desequilibrios de hecho. A lo largo de este trabajo, entenderemos por acciones afirmativas a aquellas decisiones de autoridad que “permiten permear las políticas públicas con dimensión de género para garantizar la eliminación de las formas de discriminación que afectan a los grupos.”<sup>28</sup>

Al respecto, el artículo 7 de la CEDAW prescribe, “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país...” en desarrollo de esta norma, el Comité de observancia la CEDAW se ha pronunciado señalando que “El concepto de democracia tendrá significación real y dinámica, además de un efecto perdurable, sólo cuando hombres y mujeres compartan la adopción de decisiones políticas y cuando los intereses de ambos se tengan en cuenta por igual”.<sup>29</sup>

No seremos ingenuos al creer que la sola consagración constitucional de una forma de “voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente...”<sup>30</sup> por sí sola, será capaz de producir efectos igualitarios, por el solo hecho de no hacer distinción entre unos y otros, aunque el alcanzar este reconocimiento fue sin duda un avance trascendental en el camino hacia de la igualdad en derechos. John Rawls caracteriza este salto cualitativo hacia la igualdad material en los siguientes términos:

[...]los dos principios más importantes, a este respecto [respecto a la igualdad], son los siguientes: a) toda persona tiene el mismo derecho que las demás al más amplio esquema de las mismas libertades básicas, compatible con un similar esquema de libertades para todos; b) las desigualdades sociales y económicas son permisibles siempre y cuando se regule que i) los mayores beneficios se otorguen a los menos privilegiados, y ii) las posiciones, los cargos y los puestos estén abiertos para todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades...<sup>31</sup>

---

28 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El camino hacia una Democracia Sustantiva: La participación política de las mujeres en las Américas*, Organización de Estados Americanos, 2011, p. 56, (Versión electrónica disponible en: <https://www.cidh.oas.org/.../MUJERES%20PARTICIPACION%20POLITIC...> (Fecha de consulta: 22-07-2013).

29 Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 23*, Décimo sexto período de sesiones, 1997, párrafo 14.

30 Constitución de la República, artículo 62.

31 John Rawls, *Liberalismo Político*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 255.

Bajo estas condiciones, la aplicación igualitaria de una norma general y abstracta no es capaz de cambiar situaciones de desequilibrio social, podría hacerla menos visible pero no es capaz de erradicarla.

En ciertos casos y dada la condición de vulnerabilidad de unas personas o grupos es indispensable que el ámbito de protección jurídica sea mayor o preferente para algunos sectores sociales quienes, por las condiciones sociales, no les resulta posible ejercer, por sí mismos, sus derechos a plenitud. En definitiva, la aplicación distinta de la norma jurídica solo puede justificarse constitucionalmente, en cuanto permita que personas o grupos que, no están en condiciones reales de ejercer a plenitud de sus derechos fundamentales, lo hagan.

Al respecto, el Comité encargado de controlar el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General No. 25, relativo al párrafo 1, del artículo 4 “...invita a los Estados Partes a que faciliten detalles sobre la legislación relativa a medidas especiales de carácter temporal [...] y la aplicación de medidas especiales de carácter temporal en la educación, la economía, la política y el empleo...”.

Avanzando con nuestro análisis, puede notarse que la concepción de ser humano plasmada en la Declaración Universal tampoco reconoce ningún tipo de diferenciación entre personas o culturas<sup>32</sup> por lo que, al existir relaciones asimétricas entre personas, esta concepción aséptica implica que el propio derecho marca un punto de partida desigual entre individuos y grupos; a la vez que establece relaciones de alteridad entre personas, dada su concepción individualista. Pese a ello, el derecho a la igualdad en dignidad y derechos, según lo expone la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “...ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional...”<sup>33</sup> por lo que no basta con el reconocimiento de una igualdad formal, cuando esta produce efectos discriminatorios para grupos

---

32 Declaración Universal del Derechos Humanos, artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, párrafo 49.

tradicionalmente postergados y, mucho menos cuando crea parámetros binarios de exclusión.

Toda relación de alteridad implica autoreconocimiento, autovaloración y la construcción del paradigma de “*lo bueno*”. Las características de *lo bueno* implican, a su vez, descalificación de “*el otro*”, quien, por no compartir el paradigma de lo apreciado, es considerado inferior, bárbaro, salvaje y desprovisto de virtud.

El artículo primero de la Declaración Universal; así como la cláusula abierta, prevista en el artículo 11, número 7 de la Constitución ecuatoriana<sup>34</sup> demuestran que los derechos humanos, así como los derechos fundamentales se derivan de la dignidad que se reconoce a todo ser humano, por el hecho de serlo. Sin embargo, el concepto de dignidad no deja de ser infinitamente amplio, ambiguo y capaz de albergar a diferentes interpretaciones filosóficas, lo que ha tenido consecuencias prácticas en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, dado que, a partir de la interpretación de aquello que le es consustancial al ser humano, se deriva el rol que asume el estado, desde su noción garantista. Así, la concepción liberal de los derechos humanos exige principalmente del estado, mecanismos de intervención que potencie la libertad de las personas, a partir de un sistema que equilibre de *iure* situaciones de desigualdad de oportunidades dadas *de facto*.

Por prejuicios culturales, más no por razones científicas, la mujer no compartía con los hombres la matriz de derechos de ciudadanía de la tradición liberal, por estar al margen de toda actividad económica y política. Por no ser propietaria, la mujer no era independiente y como el poder económico estuvo ligado al poder político, ellas estaban excluidas de estos dos aspectos. En palabras de Roberto Gargarella la “...propiedad puede servir tanto para potenciar las posibilidades de cada uno de vivir su vida, como para bloquear el accionar mayoritario hasta conseguir su práctica inmovilización”.<sup>35</sup> Para nosotras y nosotros está claro que en nuestras

---

34 Constitución de la República, artículo 11, número 7 “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas”.

35 Roberto Gargarella “El Contenido Igualitario del Constitucionalismo” en Roberto Gargarella Coord., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2009, p. 20.

sociedades, el poder económico sigue siendo requisito indispensable para conquistar las demás esferas de la vida pública como es el caso de la ciencia, la política, el arte, entre otros; de ahí que, el artículo 3 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer expone: “Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural [...] para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer...”.

Complementariamente, Alda Facio demuestra que la idea de adelanto y desarrollo de la mujer tiene que ser entendido como un derecho multidimensional que atañe a todos los aspectos de la vida de las mujeres. Para esta autora,

[...]si una lee la convención a la luz de las Estrategias de Nairobi, puede entender que además, la igualdad que busca la CEDAW no se circunscribe solamente a lograrla entre los sexos sino que es una igualdad que sólo podrá alcanzarse eliminando otras desigualdades sociales: “Es por esto que la solución al problema de la discriminación contra la mujer, tiene que buscar las causas y promover los “cambios de las estructuras sociales y económicas que hagan posible la plena igualdad de la mujer y su libre acceso a todas las formas de desarrollo como agente activa y beneficiaria, sin discriminación de ningún tipo.”<sup>36</sup>

La condición de desigualdad resultante de la dinámica social y de la tradición cultural descrita obliga a que el derecho asuma roles de corrección, para lo cual se establecen medidas compensatorias, a fin de permitir que todas y todos podamos ejercer los derechos de los que somos titulares. Desde esta perspectiva, las leyes de cuota son mecanismos jurídicos en virtud de las cuales, se reservan espacios mínimos para sectores sociales tradicionalmente excluidos, como el caso de las mujeres, con el objeto de corregir estos desequilibrios existentes en la sociedad.<sup>37</sup>

36 Alda Facio, “La Carta Magna de todas las mujeres” en Ramiro Ávila Santamaría *et al.* Comp., *El Género en el Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 549.

37 Para Freud, el Derecho no puede ser un instrumento para alcanzar la paz; por el contrario, el derecho implica violencia porque es producto de ella. El derecho fue creado a partir de la “*horda primitiva*” (primera forma de organización humana) en la que “...un grupo de hombres nómadas, gobernados por un padre violento y celoso que reserva para sí a todas las hembras y expulsaba a sus hijos a medida que iban creciendo. Un día, los hijos, que odiaban a su padre porque les impedía el acceso al poder y al placer sexual, decidieron unirse y lo asesinaron...”. Para Freud, el asesinato es un acto violento, que produjo un efecto violento, donde se originó la norma jurídica. C. Douzinas, *op. cit.*, p. 359.

De esta manera, según lo expone Judith Salgado, el derecho “...puede convertirse en una herramienta de cambio social”.<sup>38</sup>

Un importante primer paso radica en reconocer que tradicionalmente los problemas que con mayor severidad afectan a la mujer, han sido considerados temas domésticos de poca trascendencia pública; tanto es así que, los temas relativos a la violencia intrafamiliar, hace dos décadas atrás, no fueron considerados asuntos propios de los derechos humanos toda vez que el transgresor no eran los estados, lo cual se demuestra con el silencio que sobre este tema mantuvo la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; el mismo que fue corregido por el Comité que controla su cumplimiento, por medio de la Observación General No. 19 en la que se reconoció que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación.<sup>39</sup> Esta, como cualquier otra forma de discriminación es producto de una jerarquización entre personas y de la asignación de roles en función de las condiciones personales y sociales de cada individuo.

Pese a que la división de roles no es mala, *per se*, ya que permite alcanzar objetivos comunes, de manera más eficiente; lo cuestionable es que la división de roles, entendida como *natural* o *normal*, no solo crea espacios jerarquizados para hombres y mujeres. La mayor relevancia social otorgada a lo masculino reforzó la subordinación de la mujer; y como tal, la imposibilidad de incorporarse a la vida pública, lo que ha dificultado, en la mayoría de casos, que las mujeres puedan adquirir experiencia laboral, elemento que constituye un requisito indispensable para el acceso a ciertos cargos públicos, lo que puede entenderse como una forma de *discriminación indirecta*. La Corte Constitucional del Ecuador establece una distinción entre discriminación directa e indirecta.

La discriminación es directa cuando se establece un tratamiento que es desfavorable, carece de justificación racional y se realiza explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de

---

38 Judith Salgado, “Género y Derechos Humanos”, en Ramino Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares Comp., *El Género en el Derecho. Ensayos Críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 176.

39 Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 19, décimo primer período de sesiones, 1992, observaciones generales 11 y 12.

persona que resulta discriminada. La discriminación indirecta es aquella que hace abstracción de las diferencias y en virtud de la aplicación de criterios neutros para establecer un tratamiento igualitario, genera unos efectos desfavorables, perjudiciales o discriminatorios en unos sujetos frente a otros.<sup>40</sup>

Así también, la división de roles, en razón del sexo, ha separado a muchos hombres de sus hijas e hijos, limitando su posibilidad de crear lazos afectivos fuertes, como los que se entablan con las madres. Esta situación nos ha limitado posibilidades de alcanzar la realización integral, como seres humanos, lo que demostraría que los hombres también hemos sido perjudicados por las concepciones machistas imperantes.<sup>41</sup>

Pese a las desigualdades *de facto* y *de iure* ejemplificada en líneas anteriores, la Declaración Universal de Derechos Humanos pretendió agrupar a la humanidad bajo el concepto de “*ser humano*” a quien reconoció derechos por el solo hecho de serlo.<sup>42</sup>

El artículo 1 de la citada Declaración establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” Sin embargo, al desconocer la existencia de deferencias *de facto*, el desarrollo del sistema normativo que se funda, solo en base a la imagen y semejanza de la cultura dominante lo que, en la práctica implica la exclusión del resto y su consecuente discriminación. Luigi Ferrajoli identifica como el segundo modelo de igualdad caracterizado por la

---

40 Corte Constitucional de la República del Ecuador, SENTENCIA No. 005-11-SIN-CC, de 12 de octubre del 2011, publicada en el Registro Oficial Suplemento 572 de 10-nov-2011.

41 Al respecto, la Relatoría Especial sobre violencia contra la mujer, durante los años 2001 y 2002 estableció que muchas veces “...la incapacidad de los hombres para desempeñar su papel tradicionalmente machista de proveedores de sustento conduce al abandono familiar, la inestabilidad en las relaciones o al alcoholismo, lo que a su vez hace más probable que se recurra a la violencia.” ver Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, nota., folios 2001 y 2002.

42 La íntima relación que existe entre democracia y derechos de participación, resulta indeleble. La buena reputación que tiene la democracia, en los regímenes contemporáneos, tiene mucho que ver con el carácter personalista de los derechos, como garantía de participación. En palabras de Norberto Bobbio, “...el juicio positivo sobre la democracia de los modernos depende esencialmente del reconocimiento de estos derechos humanos. La filosofía Política de los antiguos no es predominantemente una filosofía individualista y mucho menos atomizante. Su inspiración fundamental es la bien expresada tesis aristotélica de que el hombre en su origen es un animal social que vive desde su nacimiento en una sociedad natural como la familia...” Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, Tercera edición, 2009, p. 409.



“indiferencia jurídica de la diferencia”<sup>43</sup> en la que, un trato no diferenciado entre personas que no se encuentran en la misma posición jurídica produce efectos discriminatorios que prolongan el estado de desigualdad real.

Este criterio encontró eco en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, según la cual, “...en la práctica la violencia y la discriminación contra la mujer se encuentra muy extendidas, pues son el ejercicio de poder que deriva en gran medida de las relaciones inequitativas que subsisten entre hombres y mujeres.”<sup>44</sup>

Concluimos pues, que la libertad no puede ser tal, para quien, en la vida real, no es capaz de decidir, por sí mismo, aún cuando el derecho le reconozca prerrogativas que emanan de su voluntad; no obstante, para que alguien pueda actuar de acuerdo con su propia voluntad, requiere de medios materiales y culturales que se lo permitan; elementos con los que no necesariamente cuentan todas las mujeres, en igual proporción.

Para Amartya Sen, premio nobel de economía en 1998 “el desarrollo requiere de la eliminación de importantes fuentes de ausencia de libertad como son: pobreza y tiranía, oportunidades económicas escasas y privaciones sociales sistemáticas, falta e servicios públicos, intolerancia y sobre actuaciones de estados represivos.”<sup>45</sup> De lo dicho y retomando las cifras sobre actividad económica desagregada por sexos en América Latina, jefaturas de hogar y salarios, se puede concluir claramente que en la sociedad en la que vivimos los hombres somos más libres que las mujeres y, por el hecho de ser tal, tenemos mayores y mejores oportunidades de ejercer a plenitud nuestros derechos fundamentales.

Es por ello que, dadas las circunstancias descritas, el ideal meritocrático por el que apuestan nuestros sistemas, para designación de dignatarios no deja de ser un medio que favorece la participación del hombre, por reproducir estereotipos sexistas.

---

43 Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más Débil*, Trotta, 4a. Ed., Madrid, 1994.

44 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-408/1996.

45 Amartya Sen, “El Desarrollo de la Libertad” en Alfred A. Knopf, *Development as Freedom*, New York 2000, Traducción de Luz María Mohar, disponible en *Gaceta Ecológica*, Revista No. 55, p. 15, (A Sen - Gaceta Ecológica, 2000 - dialnet.unirioja.es), fecha de consulta: 12-09-2013.

Desde el punto de vista profesional, dadas las condiciones sociales, el hombre tiene mayor opción de acumular méritos, entendiendo por tal, a la formación formal, capacitación continua y experiencia laboral que le son más accesibles en relación a su competencia femenina; de ahí que, incrementar su posibilidad de acceder a cargos más satisfactorios y/o mejor remunerados, por ser un oferente de trabajo más atractivo puesto que, en la generalidad de casos, cuenta con mayores posibilidades de extender su jornada laboral ya que la contención del hogar recae tradicionalmente sobre la mujer.<sup>46</sup>

Esta ventaja comparativa, respecto de la mujer, dentro de una organización laboral, ofrece para los hombres mejores probabilidades para aspirar a un ascenso o a incrementar su remuneración, aún cuando el artículo 10, letra a) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establezca, entre las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, la de asegurar "...Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías...".

De esta manera, se puede observar que existe paridad de género únicamente en las instituciones estatales cuya conformación paritaria es una exigencia constitucional. El siguiente cuadro demuestra cuantitativamente la disparidad que existe entre mujeres y hombres al momento de conformar los más altos estamentos estatales cuya designación no proviene de un proceso electoral.

Instancia pública	Hombres	Mujeres	Mujeres %	Total
Corte Constitucional (Transición)	7	2	22	9
Consejo de la Judicatura	2	1	33	3
Corte nacional de Justicia	12	9	43	21
Consejo Nacional Electoral	3	2	40	5
Tribunal Contencioso Electoral	3	2	40	5

<sup>46</sup> Según datos del INEC, la población económicamente inactiva, desagregada entre hombres y mujeres corresponde a: hombres 1 973 767; mientras que en mujeres a 3 645 125. Cynthia Ferreira Salazar, *et al. Mujeres y Hombres del Ecuador en cifras III*, Quito, ONU-Mujeres, 2013, p. 73.

Consejo de participación Ciudadana y control social	3	4	57	7
Gabinete Ministerial	17	12	41	29

*Fuente.*<sup>47</sup>

La misma consideración se puede hacer respecto de cargo unipersonales del más alto nivel jerárquico, en las diferentes funciones del Estado. La subrepresentación femenina puede observarse en los cargos uninominales, en las que solamente 1 del total de ocho cargos del máximo nivel institucional, es ejercido por una mujer.

<b>Instancia pública</b>	<b>Hombre</b>	<b>Mujer</b>
Fiscalía General del Estado	X	
Defensoría Pública	X	
Procuraduría General del Estado	X	
Contraloría General del Estado	X	
Superintendencia de Bancos	X	
Superintendencia de Compañías		X
Superintendencia de Telecomunicaciones	X	
Defensoría del Pueblo	X	
<b>Total</b>	<b>7</b>	<b>1</b>

*Fuente: Página web de cada institución*

Concordantemente, el artículo 11, letra d) del mismo cuerpo normativo hace hincapié en “el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo...”; no obstante, según datos del INEC, en Ecuador, el ingreso promedio de la población ocupada, en el caso de hombres es de USD\$ 445; en tanto que para el caso de mujeres es de USD \$ 374. Este desequilibrio es más evidente en las zonas urbanas, en las que el promedio de ingresos

<sup>47</sup> Solanda Goyes Quelal “De las cuotas a la paridad: El caso Ecuador”, en *La apuesta por la paridad: Democratizando el sistema político en América Latina*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral 2013 y la Comisión Interamericana de Mujeres, 1ra. Impresión, Lima, 2013, p. 86.

en las mujeres es de USD \$ 421, en tanto que, para el caso de hombres es de USD \$ 524.<sup>48</sup> Por otra parte, de acuerdo con el Informe del Grupo de Trabajo de Expertos de las Naciones Unidas sobre Afrodescendientes:

[...] los expertos expresaron preocupación por el número de hogares afroecuatorianos encabezadas por madres solteras y por las difíciles circunstancias económicas en que se encontraban. Las madres solteras afroecuatorianas con frecuencia están empleadas en trabajos mal remunerados y no cualificados, especialmente como trabajadoras domésticas, en que con frecuencia no están registradas, no tienen seguro médico ni jubilación y padecen otras formas de explotación. Frecuentemente empiezan a tener hijos a una edad muy temprana, reduciendo sus posibilidades de terminar los estudios y la formación que les permitirán tener más oportunidades en el mercado de trabajo.<sup>49</sup>

En acatamiento al principio constitucional de equidad de género, en los concursos públicos de méritos y oposición, se han incorporado acciones afirmativas tanto de partida, como de llegada.<sup>50</sup> Esto no significa reproducir el estereotipo de superioridad del varón; por el contrario, se trata de reconocer que pese a muchos esfuerzos multisectoriales y multinivel, respecto del equilibrio y eliminación de los roles exclusivos y excluyentes de género, aún seguimos perteneciendo a una sociedad en la que, bajo el velo de la igualdad formal, escondemos una realidad de desigualdad entre los seres humanos y, como tal, representa un reto colectivo el superar esquemas minimalistas en los que, por abarcar una idea totalitaria de humanidad, se generaliza tanto, que se excluye a la gran mayoría.

---

48 Cynthia Ferreira Salazar, *op. cit.*, p. 91.

49 Informe del Grupo de Trabajo de Expertos de las Naciones Unidas sobre Afrodescendientes, párr. 50 en John Antón Sánchez y otros edit., *Pueblos Afrodescendientes y Derechos Humanos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos y Cultos, 2011, p. 26.

50 Por ejemplo, la Resolución No. 108-2012, dictada por el Consejo de la Judicatura (Reglamento Sustitutivo de Concursos de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social, para la selección y designación de servidoras y servidores de la Función Judicial) en su artículo 15, letra f) prevé las causales para la obtención de dos puntos adicionales, de partida a las postulantes. Asimismo, este reglamento, en su artículo 42, inciso segundo establece que "...una mujer y un hombre estuvieren empatados en la puntuación final, el puesto será asignado a la mujer..."

Sin perjuicio de ello, y aún cuando la mujer se ha incorporado progresiva y sostenidamente en la vida pública, este aparente equilibrio en las relaciones entre individuos de los dos sexos, ha producido que la mujer asuma responsabilidades laborales pero, al unísono, mantenga inalterables sus obligaciones en el hogar, lo que implica, una doble presencia o doble carga laboral.<sup>51</sup>

Para algunas corrientes escépticas, cercanas al marxismo “el carácter clasista del Derecho no significa ya que el Derecho sea simplemente la expresión de la voluntad de la clase dominante, sino que la igualdad ante la ley típica del Derecho moderno esconde en su seno un trato de carácter discriminatorio, o sea, elementos desigualitarios.”<sup>52</sup>

Justamente, esta es la crítica formulada desde el *feminismo dialógico* en contra de los primeros movimientos feministas que crearon todo un movimiento filosófico y político a partir de un concepto único de mujer que involucró solamente a la clase burguesa urbana, más no a las mujeres pobres, campesinas, indígenas o afrodescendientes.<sup>53</sup> Esta exclusión dispersó sus esfuerzos, sus demandas y redujo su capacidad de impacto político.

Este nuevo desequilibrio social exige, por parte del estado y del derecho, nuevas medidas idóneas, eficaces y proporcionales para contrarrestar cualquier vestigio de discriminación, lo que podría llevarnos a pensar en caminar jurídicamente desde acciones afirmativas de partida, las que sin duda han tenido efectos importantes, para pensar en acciones afirmativas de llegada en el ámbito electoral, a fin de garantizar, conforme ocurre en la integración de los órganos de la Función Electoral, una

---

51 “...lo que solemos denominar *la doble presencia o el doble empleo*, un doble trabajo por un solo salario en el caso de las mujeres trabajadoras que se encargan también del trabajo de la casa. Esto repercute en la empresa en los tipos de contrato a tiempo parcial, la flexibilidad de horarios y la conciencia de que el trabajo principal, su principal responsabilidad, sigue siendo el trabajo de reproducción, por lo que es mucho más difícil lograr una identidad profesional”. Domingo García-Marzá, “Mujer y el entorno empresarial”, Universitat de Jaume I, Disponible en: D García-Marzá - *Papeles de ética, Economía y Dirección*, 1999 - [eticaed.org](http://eticaed.org). p. 8 (fecha de consulta: 25-sep-2013).

52 Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación*, México, Fontamara, 1a. reimpresión, 2005, p. 115.

53 Según datos de Epsy Campell Barr, líder política costarricense, en el 2007 de los 4200 curules legislativos existentes en América Latina, 650 son ocupados por mujeres, esto equivale al 20%. De este número, 70; es decir, el 0,1% son ejercidos por afrodescendientes, y de ellos, 11 corresponden a mujeres. Epsy Campell Barr, “La incidencia política de las mujeres afrodescendientes en las Américas”, en *Agencia Latinoamericana de Información*, 2007, disponible en: <http://alainet.org/active/19005&lang=es> (fecha de consulta: 26-ene-2013).

conformación paritaria entre hombres y mujeres, en todos los cuerpos colegiados, provenientes de la elección popular.

## 1.2. Ciudadanía y Participación Política de la Mujer

Según lo expone Alexandra Cárdenas “La crítica feminista del derecho ha afirmado que la construcción del discurso de derechos humanos se hizo sobre un modelo masculino del derecho y el Estado, por tanto subordina y silencia las experiencias femeninas, es decir tiene un carácter androcéntrico.”<sup>54</sup> Este sustento masculinizado sobre el cual se construyó el derecho al sufragio y, al ser éste una de las expresiones más inmediatas del concepto de ciudadanía, es importante detenernos brevemente en esta institución.

La ciudadanía constituía y constituye un privilegio jurídico que se confiere a un sujeto, cuando este cuanta con las características previstas en la constitución y la ley, como el hecho de haber nacido en un determinado territorio (*ius solis*) o ser hija o hijo de quien hubiere nacido en él (*ius sanguinis*).

Para muchos, la ciudadanía sigue siendo una categoría de exclusión por tratarse de “...derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho a acceder a cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política”<sup>55</sup>; ahora bien, pese a que nuestro sistema jurídico reconoce los mismos derechos de ciudadanía a hombres y a mujeres, claramente su ejercicio no alcanza los mismos niveles entre ellos y ellas.

Antiguamente, la participación política, a más de la condición de ciudadano, exigía que las personas cuenten con una condición económica capaz de ofrecerle independencia y estabilidad, dadas las condiciones sociales, esta capacidad solo podía ser accesible a los hombres. Esta idea

---

54 Alexandra Cárdenas Ortiz, “Ecofeminismo y Transformaciones del Derecho”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Bogotá, Temis, 2010, p. 379.

55 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 22–23.

fue plasmada en las primeras constituciones republicanas de América Latina y sustentada filosóficamente por Max Weber, en los siguientes términos: "...en condiciones normales quien viva para la política debe ser económicamente independiente de los ingresos que pueda proporcionarle la política. Esto significa simplemente que el político debe ser rico o debe tener una posición personal que le proporcione ingresos suficientes".<sup>56</sup>

De esta manera, la ciudadanía, como concepto, estuvo supeditada al poder económico, lo que excluyó a grupos sociales cuantitativamente mayores; entre ellos, al cincuenta por ciento de la población integrada por mujeres, por estar alejadas de la vida académica y profesional.<sup>57</sup>

Por las razones expuestas y aceptando que hombres y mujeres, desde el punto de vista de la participación política, no nos encontramos en igualdad de condiciones y que estos clivajes culturales reducen la efectividad del artículo 61, número 7 de la Constitución<sup>58</sup> toda vez que, la posibilidad de acceder a cargos de elección popular y de desarrollar una carrera política exitosa, generalmente la mujer realiza mayor cantidad de esfuerzos e incurre en renunciamentos personales y familiares más demandantes, las leyes de cuota han sido, y son el medio más extendido de acción afirmativa, a favor de la participación femenina; no obstante, no es el único y, como veremos en el próximo capítulo, su nivel de influencia puede ser potenciado o mermado en tanto y cuanto se conjugue con otros elementos estratégicos del régimen electoral.

Sobre la mayor exigencia que la política impone a las mujeres existe un estudio efectuado por el Instituto Federal Electoral de México en el que se concluye que "...la política municipal es más selectiva con

---

56 Max Weber, *Política y Ciencia: La Política como profesión*, Buenos Aires, El Aleph, 2000, p. 22.

57 Los desequilibrios que produce el financiamiento privado de la política han sido contrarrestado con el financiamiento estatal de la campaña electoral. El artículo 115 de la Constitución y su normativa de desarrollo; artículo 203, número 4, inciso segundo del Código de la Democracia, en concordancia con lo previsto en el artículo 208 del mismo cuerpo normativo, lo manifiestan. Ley Orgánica Electoral, artículo 208, inciso primero. "Desde la convocatoria a elecciones las organizaciones políticas podrán realizar, por su iniciativa, las actividades tendientes a difundir sus principios ideológicos, programas de gobierno, planes de trabajo y candidaturas, siempre que no implique la contratación en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias."

58 Constitución de la República, artículo 61, número 7: "Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:... 7) Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género...".

las mujeres que con los hombres, son más exigentes los requisitos que tiende a imponerles a ellas, los costos de participar en el ayuntamiento son mayores que los asumidos por los hombres, dominando la 'benevolencia androcéntrica' que exige requisitos más altos a las mujeres, no establecidos formalmente<sup>59</sup>

Asimismo, en un estudio desarrollado por Alba Cecilia Mérida, se demuestra que en Guatemala, ninguna de las mujeres que ejercieron cargos de regidoras sufrieron abusos verbales como bromas misóginas o morbosas; no obstante, la gran mayoría de sus iniciativas, no fueron aprobadas.<sup>60</sup>

El rol doméstico, culturalmente asignado a la mujer es la mayor barrera para que ellas puedan incorporarse exitosamente a la actividad política y desarrollar carreras largas y fructíferas. Por ejemplo, salvo en el caso del Movimiento oficialista Alianza País, en el que se postularon 15 legisladoras y 13 legisladores para la reelección; y el Movimiento Ruptura que presentó a 2 legisladoras como aspirantes a la reelección<sup>61</sup> para los comicios de 2013, los demás partidos y movimientos políticos, en conjunto, contabilizaron un total de 22 hombres y ocho mujeres candidatas a la reelección.<sup>62</sup> Existen casos como el de Sociedad Patriótica, en el que 2 mujeres, frente a 12 varones se postularon para la reelección.

Esta situación de desigualdad podría explicarse al desarrollar un estudio focalizado en las personas que integran la dirigencia de cada organización política. Es de conocimiento público que los máximos líderes del Partido Sociedad Patriótica son el ex presidente Lucio Gutiérrez Borbúa y su hermano Gilmar. Estos actores políticos provienen de una formación militar, caracterizada por su verticalidad y estructuras masculinas arraigadas por la fuerza de la costumbre.

---

59 Alejandra Massolo, *Participación política de las mujeres en el ámbito local en América Latina*, Santo Domingo, Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la promoción de la Mujer (INSTRAW), 2006, p. 75.

60 Alejandra Massolo, *ibid.*, p. 75.

61 Las dos legisladoras que optaron por la reelección, por el Movimiento Ruptura de los 25 (María Paula Romo y Betty Amores) fueron elegidas Asambleístas, para el periodo 2009-2013, como adherentes del Movimiento Patria Altiva I Soberana.

62 Información obtenida del portal oficial en Internet del Consejo Nacional Electoral de Ecuador ([www.cne.gob.ec](http://www.cne.gob.ec)) y contrastados con los datos constantes en el portal oficial de la Asamblea Nacional del Ecuador (<http://www.asambleanacional.gov.ec/>).



En la vereda opuesta, Alianza País está liderada por el Presidente Rafael Correa, cuya formación y trayectoria es básicamente académica. Su gestión demuestra una favorable disposición hacia la incorporación de la mujer a los diferentes niveles del poder. En cuanto a los cargos de libre nombramiento y remoción, dependientes de la Función Ejecutiva, según datos de la CEPAL<sup>63</sup> el incremento del porcentaje de mujeres en cargos ministeriales partió del 13,8% en el periodo presidencial de Alfredo Palacios (años 2005-2006), y alcanzó un 34,8%, en el primer periodo del Presidente Rafael Correa (2009-2013); lo que demostraría que la poca presencia femenina en los espacios de poder no se debe a razones de capacidad, sino a la poca voluntad política que ha existido al respecto.

La desventaja que tienen las mujeres, respecto de los hombres en la esfera de la política y en relación al ejercicio de cargos de elección popular exige, por parte de las autoridades, la adopción de medidas de acción afirmativas que permitan superar estos desequilibrios. El siguiente cuadro demuestra, comparativamente la subrepresentación femenina en los diferentes niveles de representación política.

DIGNIDADES	Candidaturas				Personas electas			
	Mujeres		Hombres		Mujeres		Hombres	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Presidentes/as	2	25,0	6	75,0	0	0,0	1	100,0
Prefectos/as	17	13,2	112	86,8	2	8,7	21	91,3
Alcande/sa	149	11,8	1.110	88,2	14	6,3	207	93,7
Concejales/a	5.038	46,1	5.884	53,9	452	28,6	1.128	71,4
Asambleístas	759	47,5	839	52,5	40	32,3	84	67,7
Parlamentario/a Andino	49	42,6	66	57,4	3	60,0	2	40,0
Miembro de Juntas Parroquiales	8.374	42,7	11.226	57,3	873	21,9	3.107	78,1
<b>Total</b>	<b>14.388,00</b>	<b>42,80</b>	<b>19.243</b>	<b>57,20</b>	<b>1.384,00</b>	<b>23,30</b>	<b>4.550,00</b>	<b>76,70</b>

Fuente: Consejo Nacional Electoral<sup>64</sup>

63 CEPAL, Observatorio de Igualdad y Género de América Latina y el Caribe, (<http://eclac.org/edecisiones/>). (Fecha de consulta: 24-ago-2012).

64 Consejo Nacional Electoral, *Indicadores de Género 2013*, Quito, Consejo Nacional Electoral, 2013, p.13.

### **1.3. Las acciones afirmativas de cuota y su importancia en el sistema jurídico-electoral: Algunos aspectos propios del debate contemporáneo**

El estudio de las relaciones de poder, en cualquier escala (relación de pareja, vida familiar, en el barrio, en el estado o en el mundo) puede entenderse como un juego de suma cero, según el cual, cada uno de los participantes gana en igual proporción, en la que el otro u otros pierden. Este principio no solo se aplica entre grupos, también se lo hace en su interior.

En este sentido, una de las razones por las que el movimiento feminista ha soportado fisuras y escisiones ha sido por la poca flexibilidad que tuvo la concepción clásica de mujer. Desde esta perspectiva, la mujer que tuvo la posibilidad de reclamar sus derechos político fue aquella perteneciente a las clases burguesas europeas, lo que produjo un desarrollo teórico y de activismo reivindicatorio que excluyó a grupos étnicos femeninos que pertenecían a otras condiciones étnicas, económicas y culturales que responden a realidades diferentes, pero que tienen como denominador común, la dominación patriarcal aunque se manifieste de formas distintas.

Desde un punto de vista económico y geográfico, cercano al marxismo, cada región de nuestro planeta desarrolla sus propias formas de producción y reproducción de la vida. Estas dinámicas sociales generan relaciones de género separadas estratégicamente a fin de atender las necesidades de conservación propia y de la prole; no obstante, a estos roles se les asigna reconocimiento social de distinto y jerarquizado, que permite la opresión del fuerte sobre el débil, según el aspecto de la vida que se trate.

Los roles que las sociedades asignan tanto a hombres y a mujeres no son neutros, y su valor puede variar de civilización en civilización. Por ejemplo, en los poblados costeros que viven de la pesca reproducen condiciones de vida distintos a los páramos de la sierra. La forma de obtener los recursos materiales de subsistencia, condiciona la forma de organización privada y otras superestructuras como el arte y la cultura.

En el ejemplo del pueblo pesquero, tomando como referencia el estereotipo según el cual, el valor, la fortaleza y la templanza son atributos propios de los hombres, le corresponde a ellos dedicarse a la pesca; en tanto que las mujeres generalmente permanecen en tierra firme, ocupándose del hogar, de las y los hijos; y del comercio de los productos marinos capturados por sus parejas varones.

En las comunidades andinas de la sierra centro del Ecuador, las condiciones de trabajo son muy distintas a las de la costa dado el ambiente, el clima, el tipo de productos y el tipo de maquinaria que se utiliza; no obstante, la división de roles entre mujeres y hombres, tanto en la sierra como en la costa están claramente separados. El trabajo de pastoreo y cuidado del ganado; así como la siembra, cosecha y venta de productos agrícolas son compartidas por mujeres y hombres; sin embargo, el transporte de los productos y su comercialización industrial es una labor extendidamente asignada a los hombres. Por el contrario, las mujeres aparte de las labores de producción descritas tienen a su cargo la atención del hogar, la preparación de los alimentos, el cuidado y aseo de la ropa y de la vivienda, lo que demuestra la existencia de un doble trabajo por parte de ellas.

En ese sentido, atendiendo a las variables geográficas, climáticas, económicas y étnicas, no cabría hablar de un solo enfoque de género útil para el análisis político; todo estudio analítico al respecto tiene que descender hacia subcategorías derivadas de las anteriores que nos permitan acceder a realidades más concretas. Para Linda McDowell, el estudio del espacio "...permitió también plantear las igualdades y las diferencias entre las mujeres, y; para las geógrafas, ayudó a demostrar que las características de género no solo varían de un país a otro, sino también en los espacios de la vida cotidiana."<sup>65</sup>

Sylvia Walby reconoce seis categorías analíticas que nos permitan desarrollar un estudio de las relaciones de poder que se entablan entre hombres y mujeres.<sup>66</sup> Estas categorías son útiles en cuanto identifican los nichos de poder en los que se ha basado el dominio social de los hombres

---

65 Linda McDowell, *Género, Identidad y lugar. Un estudio de las geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999, p. 28.

66 Linda McDowell, *op. cit.*, pp. 17-19.

respecto de las mujeres; no obstante, las categorías que procedo a describir brevemente, para alcanzar mayor grado de certeza deben ser analizadas por las variables geográficas, económicas, culturales, conforme lo he venido sosteniendo.

La primera categoría que identifica Walby guarda relación con el poder político, elemento al que nos hemos referido insistentemente a lo largo de este capítulo y que es producto de la tradicional división entre lo público y lo privado y la asignación de roles masculinos y femeninos a estas esferas, en su orden respectivo.

Desde este punto de vista, la violencia de género se da en cuanto las condiciones económicas derivadas de estos roles le otorgan primacía al trabajo remunerado por sobre el trabajo no remunerado, sin considerar aspectos claves para el reconocimiento social como el esfuerzo que requiere tal o cual actividad. La división entre el trabajo remunerado propio de la vida pública, generalmente asignado al varón; y el trabajo no remunerado propio del ámbito privado, generalmente asignado a la mujer, ha forjado una suerte de dependencia material de la mujer hacia el hombre, lo que termina por someterla, tanto más cuanto que, en las sociedades contemporáneas el poder económico es garantía de verdadera libertad personal.

La ventaja económica que las condiciones sociales permiten que el hombre adquiera poder respecto de los demás miembros de su familia, se extiende hacia el control del trabajo no remunerado del hogar permitiéndole al hombre imponer su autoridad en casa. Otras posiciones marxistas establecen que el hombre obliga a que la mujer se haga cargo del hogar, como un servicio al capital masculino, toda vez que exime al hombre del pago por estos servicios.<sup>67</sup>

---

67 “Las marxistas feministas señalan que las tareas que han sido presentadas como consustanciales a la naturaleza femenina y que no son remuneradas salarialmente (la crianza de los hijos y el mantenimiento del hogar) favorece, más que a las mujeres, al capital que por esta vía se ahorra los costos de reproducción de la fuerza de trabajo. Desde esta perspectiva, la emancipación real de la mujer está indisolublemente unida a la emancipación de otros actores y exige una transformación radical de la relación capitalista.” María Emma Wills Obregón, “Feminismo y Democracia: Más allá de las viejas fronteras”, versión electrónica de libre acceso disponible en: [biblioteca.hegoa.ehu.es/.../feminismo\\_y\\_democracia\\_](http://biblioteca.hegoa.ehu.es/.../feminismo_y_democracia_), p. 20. (fecha de consulta: 11-11-2013).

A partir de la acumulación del capital familiar por parte del hombre, de manera exclusiva, se entablan relaciones patriarcales en la que el padre impone su ley tanto a la madre como a las hijas e hijos, quienes se ven en la necesidad de someterse, dada su dependencia material. En algunos casos, los miembros de un núcleo familiar se revelan ante la autoridad paterna, no obstante el costo social, económico y sentimental es mucho más elevado para la mujer que para el hombre.

Las relaciones de poder que se entablan dentro del hogar son la segunda categoría analítica a tener en consideración, dentro del estudio de las relaciones de género, según la categorización realizada por Walby.

Sin perjuicio de lo expuesto, esta forma de dependencia económica de la mujer, en relación al hombre va otorgándole contenido y valor simbólico a otras instituciones sociales que se entrecruzan con asuntos de carácter religioso; siendo quizá el matrimonio la más representativa, en cuanto al trato desigual entre mujeres y hombres. El solo hecho que una mujer madura no hubiere contraído matrimonio, suele ser motivo de preocupación para ella y su familia; no así en el caso de los hombres, cuya soltería suele conservarse como un valor. Asimismo, dentro del matrimonio no se le asigna la misma gravedad a la infidelidad de los hombres que al de la mujer, la sanción moral, social y religiosa es mucho más severa en contra de ellas, puesto que su imagen de virtuosismo está íntimamente marcada por la idealización que el catolicismo hace de la Virgen María.

Según lo caracteriza Joan Scott, “el género es el campo primario dentro del cual o por medio del cual, se articula el poder. No es el género el único campo pero parece haber sido una forma persistente y recurrente de facilitar la significación del poder en las tradiciones occidental judeo-cristiana e islámica.”<sup>68</sup>

Ahora bien, la ventaja económico y de ejercicio del poder de decisión dentro del hogar permite que los hombres organicemos nuestra vida cotidiana de tal manera que nuestras parejas constituyan un punto de apoyo que permite proyectarnos hacia el cumplimiento de nuestras

---

68 Joan Scott, “El género: una categoría útil para el análisis histórico” en Lamas Marta, Comp., *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, PUEG, 1996, p. 288.

metas profesionales y económicas, instrumentalizando a la mujer que se ve reducida a la categoría de medio para la consecución de fines que no le son propios.

La sujeción de la mujer al hombre, en términos de imposición de voluntad dentro y fuera del hogar implica que los hombres estamos en mejor posición para demandar la satisfacción de nuestras necesidades y deseos, inclusive los apetitos sexuales que, en muchos casos constituyen la génesis de la violencia intrafamiliar, en cuanto el hombre llega a creerse en el derecho de exigir a su compañera comportamiento sexuales que ella no está dispuesta a complacer; no obstante, esta negativa no se la asume como una manifestación de la libertad de la mujer, sino como un incumplimiento de obligaciones maritales, lo que produce relaciones de confrontación.

Por esta razón, la violencia sexual es una de las manifestaciones más agresivas de la violencia física que suele presentarse en estructuras sociales de corte patriarcal. Es por ello que nuestra autora reconoce a la violencia física y a la violencia sexual como la tercera y la cuarta categoría analítica para el estudio de las relaciones de género a lo largo de la historia.

Las categorías analíticas descritas se proyectan hacia la creación de estructuras patriarcales dentro de las instituciones del Estado; según la cual, el ejercicio de cargos públicos, las dinámicas internas de los partidos y movimientos políticos que son el centro, a partir del cual se deriva el acceso al poder político y la adopción de decisiones que nos involucran como sociedad. Evidentemente, esta quinta categoría analítica puede evidenciarse en el hecho según el cual, la mayoría de cargos de dirección están en manos de hombres, quienes además acceden a cargos mejor remunerados que afianza relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, alrededor del poder económico que existiría entre marido y mujer.

Las estructuras sociales patriarcales, cuyas reproducciones diarias suelen ser inconscientes, encuentran las más variadas formas de reproducción, en los medios de comunicación y en la difusión de expresiones artísticas y culturales que llegan a formar parte de nuestro

patrimonio intangible y de nuestra identidad; idearios colectivos que modelan nuestra forma de ser.

[...] las normas de género no siempre están explícitamente expresadas; a menudo son transmitidas de manera implícita a través de los usos del lenguaje y de otros símbolos. Así como la especificidad de género de la lengua ejerce influencia sobre el cómo se piensan y dicen las cosas, las formas narrativas arquetípicas de Occidente que asumen un protagonismo masculino influyen sobre cómo se cuentan las historias sobre mujeres.<sup>69</sup>

Ahora bien, a las categorías analíticas presentadas por Walby debe adherirse como variables independientes a la condición étnica y al estrato social, respecto del cual se entabla el estudio; criterio que no puede estar completo si se abstrae de considerar el espacio geográfico específico, en cuanto éste determina las actividades económicas de producción y reproducción de la vida, y éstos la división de roles entre mujeres y hombres y las consecuentes relaciones de poder.

Desde este punto de vista, y una vez que se ha reconocido la desventaja estructural que soportan las mujeres dentro de nuestra sociedad, la adopción de medidas de acción afirmativa constituyen una de las pocas alternativas para romper con estas barreras artificiales, con el objeto de establecer condiciones igualitarias, en todos los ámbitos de la vida, entre mujeres y hombres.

Las acciones afirmativas como la adopción de una legislación que opte por la paridad y alternabilidad de género en la conformación de listas pluripersonales para las elecciones resulta ser un mecanismo de diferenciación que corrige las condiciones de desventaja existentes al interior de la sociedad. En este orden de pensamiento, las acciones afirmativas guardan total armonía con el principio, según el cual "... las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades"; según lo establecido en el artículo 11, número 2, inciso

---

69 Jill K. Conway *et al.* "El Concepto de Género", título original en inglés: "The concept of gender", traducción de Jessica McLauchlan y Mirko Lauer, versión electrónica de libre acceso: [http://www.unida.org.ar/Bibliografia/documentos/Antropologia\\_Social/5\\_Equidad\\_de\\_Genero/El\\_concepto\\_de\\_genero\\_Conway\\_y\\_otros\\_EG\\_5.doc](http://www.unida.org.ar/Bibliografia/documentos/Antropologia_Social/5_Equidad_de_Genero/El_concepto_de_genero_Conway_y_otros_EG_5.doc). (fecha de consulta 12-11-2013).

primero de la Constitución ecuatoriana.

Por lo dicho, las acciones afirmativas de género son medidas correctivas de desequilibrio sociales, más no privilegios. No se trata de concederles favores cuyas consecuencias solo provocarán la reproducción y profundización de estereotipos de inferioridad de un sexo, respecto al otro, se trata de permitir la posibilidad de ejercicio pleno de derechos para quienes no tienen la posibilidad real de hacer por sí mismo.

Únicamente cuando todas y todos tengamos la posibilidad real de acceder a los beneficios sociales, en base a nuestro propio esfuerzo y talento, bajo condiciones de igualdad de oportunidades se pasará de un estado que conserva privilegios de las elites hacia un sistema que garantice los derechos de todas y todos.

En palabras de Joan Williams, “la verdadera igualdad de género exige eliminar las desventajas tradicionales vinculadas con el sexo tanto para ellos como para ellas, más que pretender aplicar la desventaja por igual a ellos, en el contexto social en el cual tienen ciertos privilegios sociales de los cuales ellas carecen.”<sup>70</sup>

Las acciones afirmativas no pueden ser concebidas como privilegios de grupos vulnerables, sino como mínimos necesarios para producir una competencia equitativa en política; por lo que, se trata de medidas de carácter temporal en cuanto pierden su razón de ser cuando ha desaparecido las razones de discriminación que le dieron sentido; lo contrario produciría la prolongación de estas acciones en el tiempo y producirían efectos discriminatorios en contra del sector social al que no están enfocadas, convirtiendo a las acciones afirmativas en un privilegio de clase.

Es precisamente por ello, que en lo que respecta a las medidas de acción afirmativa, el artículo 4, número 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establece que estas medidas “...no se considerará discriminación en la

---

<sup>70</sup> Joan Williams, “igualdad sin discriminación” en Ramiro Ávila Santamaría *et al.* Comp., *El género en el Derecho*, Quito, Ministerio de justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 267.



forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

En definitiva, lo que se propone como objetivo de cualquier medida de acción afirmativa es igualar los privilegios, para hacerlos accesibles a todas y todos, y a la vez eliminar las desventajas sociales existentes en contra de grupos determinados.

En el ámbito laboral y político la eliminación de desventajas hace necesario redefinir el concepto de trabajadora o trabajador ideal, flexibilizando su alcance, de tal manera que tanto hombres como mujeres podamos armonizar nuestro tiempo e incorporarnos al trabajo remunerado; así como asumir responsabilidades no remuneradas, dentro y fuera de casa; todo lo cual, nos permitirá alcanzar una vida plena y desarrollarnos como personas, hasta el máximo de nuestras posibilidades y no solo en un aspecto de ella.

En el ámbito electoral, el juego de suma cero con el que he caracterizado a la política tiene como unidad de medida “...voto popular que será universal, igual, periódico, directo, secreto y escrutado públicamente...” según las características que la Constitución le otorga al sufragio, según su artículo 62.<sup>71</sup>

La universalización del voto activo no deja de ser una conquista trascendental para nuestras democracias. El solo hecho de reconocer en la Constitución de 1929 el derecho al sufragio femenino, incorporó formalmente a la toma de decisiones políticas al cincuenta por ciento de la población.<sup>72</sup>

Durante la vigencia de las constituciones de 1830; 1835; 1843; 1845; 1851; y, 1852, el sufragio fue una regla de exclusión generalizada.

---

71 Artículo 10 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

72 De conformidad con datos proporcionados por la Dirección Nacional de Registro Electoral, el 16 de octubre de 2013, el Registro Electoral que se utilizó para las elecciones seccionales de 2014, estuvo conformado por 5 787 803 hombres y 5 817 798 mujeres.

El ejercicio del sufragio activo y, con mayor razón del sufragio pasivo, fue un privilegio otorgado exclusivamente a las élites sociales, políticas y económicas.

La figura del *optimus iure* político; es decir el sujeto pleno de derechos de participación, se representaba por el varón, alfabeto, mayor de 25 años, para el caso de la Constitución de 1830 y 1835; la Constitución de 1843, establecía como edad mínima para sufragar la de dieciocho años; y, las de 1845, 1851 y 1852, exigieron veintiún años, o haber contraído matrimonio, en todos los casos.

Otro de los requisitos más extendidos y, a la vez más excluyentes fue el de gozar de la propiedad de bienes raíces o justificar una renta anual de doscientos pesos provenientes de alguna profesión, arte, ciencia o industria útil, sin encontrarse en relación de dependencia; como sirviente, doméstico o jornalero. En todas las cosas el *optimus iure* era varón.<sup>73</sup>

Esta relación simbiótica entre sufragio y capacidad económica de las personas fusionaron a las dos fuentes básicas de poder fáctico, la economía y la política. En relación al poder económico, la riqueza privada está sometida a las reglas propias del mercado, cuyo objetivo fundamental para los jugadores consiste en acumular la mayor cantidad de capital posible. La acumulación de riqueza, podría resumirse a la relación entre oferta y demanda.

La oferta y la demanda van marcando tendencias entre oferentes de un mismo producto o servicio que están llamados a disputarse las preferencias del demandante, quien no solo cubre el costo de producción, sino que deja un remanente de rentabilidad o plusvalía.

La ventaja que una persona o grupo económico obtendrá, en relación a su competencia, depende de cuánto es capaz de incrementar sus ventas y; en consecuencia, su utilidad. Así, siendo el dinero un bien

---

73 El antecedente del *optimus iure* político es el *civis optimus iure del Derecho Romano*. El ciudadano dotado de plenos derechos, a través del desarrollo de los *iura* (*ius suffragii, el ius conubii, ius commercii, ius honorum*). Estas personas eran ciudadanos, en sentido estricto y tenían competencias para regular sus relaciones familiares, patrimoniales, políticas, etc. Disponible en: [http://antiqua.gipuzkoakultura.net/ciudadania\\_eu.php](http://antiqua.gipuzkoakultura.net/ciudadania_eu.php). (fecha de consulta: 12-nov-2012).

escaso y valioso, su acumulación establece relaciones de prelación social, en cuanto confiere poder y privilegios a quien lo ostente.

De ahí que, el dinero que una empresa o persona es capaz de ganar, es equivalente al dinero que, por lógica, su competencia deja de percibir. La mayor cantidad de capital otorga una posición de privilegio e influencia en el mercado, lo que permite a los grupos dominantes imponer sus condiciones. El castigo para perdedores de esta lucha salvaje por el capital es la extinción.

Desde el punto de vista electoral, la dinámica es básicamente la misma. Ante un universo finito de electoras y electores, las candidatas o candidatos son capaces de captar los votos que sus oponentes dejan de recibir, por lo que el éxito no solo está en mejorar la percepción que el cuerpo electoral tiene sobre la imagen de cada candidatura, también radica en desacreditar al rival. El poco éxito en elecciones sucesivas implicaría también la extinción del movimiento o partido político, conforme así lo establece el artículo 110, inciso segundo de la Constitución<sup>74</sup> y su normativa de desarrollo, artículo 327, números 3 y 4 del Código de la Democracia.<sup>75</sup> En definitiva, el voto es a la política, lo que el dinero a la economía.

Siguiendo con esta analogía, el capital financiero es un instrumento de poder dentro del mercado, al igual que el capital político lo es en relación a los cargos públicos que obtiene una organización política, por ser éste, el mecanismo contemporáneo para acceder, conservar e incrementar el poder político. “La ampliación de sufragio bajo la presión de los movimientos sociales abrió la puerta a la democracia de masas y a la política como mercado. La política dejó de ser ocupación de notables para convertirse en competición por el voto.”<sup>76</sup>

---

74 “El movimiento político que en dos elecciones pluripersonales sucesivas obtenga al menos el cinco por ciento de votos válidos a nivel nacional, adquirirá iguales derechos y deberá cumplir las mismas obligaciones que los partidos políticos.”

75 “El Consejo Nacional Electoral, de oficio o a petición de parte, cancela la inscripción de una organización política en los siguientes casos:... 3. Si los partidos políticos no obtienen el cuatro por ciento de los votos válidos en dos elecciones pluripersonales consecutivas a nivel nacional; o, al menos tres representantes a la Asamblea Nacional; o, al menos el ocho por ciento de alcaldías; o, por lo menos un concejal o concejala en cada uno de, al menos, el diez por ciento de los cantones del país.... 4. En el caso de un movimiento político local que no obtenga al menos el tres por ciento (3%) en dos elecciones consecutivas, en su jurisdicción.”

76 Ángel Rivero, “Representación Política y Participación” en: Rafael del Águila Edit., *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, Cuarta Edición 2005, p. 221.

Si la unidad de valor en la política representativa es el voto conquistado y si se reconoce que la mujer, en materia de participación política, se encuentra en situación de desventaja, dadas las condiciones sociales, culturales y económicas<sup>77</sup> que no le permiten ejercer a plenitud sus derechos políticos; claramente se convierte en una obligación para el estado, el adoptar las medidas de acción afirmativa idóneas, necesarias y proporcionales a fin de ayudar a corregir, desde el derecho, las distorsiones que se presentan en una sociedad en concreto. Las medidas diferenciadas entre individuos o colectivos que no se encuentran en posiciones similares, no solo deben adoptarse, también es necesario evaluarles a la luz del principio de proporcionalidad, a fin de evitar la ineficacia de la medida o la generación de efectos discriminatorios.

Para ello, es importante remitirnos a autores como Luis Prieto Sanchís, para quien el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, "... consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y de los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho..."<sup>78</sup>

Para entrar en un análisis sobre las expectativas políticas de individuos pertenecientes a varios sectores sociales, sea por razones ideológicas, pero básicamente a partir de sus características personales como "etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por

---

77 Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), correspondientes al año 2002, se constató que, el promedio de jefes de hogar, en zonas urbanas, dentro de 16 países estudiados es de 72%; frente al 28% de jefas de hogar. En zonas rurales, se verificó un 81% de jefes de hogar, frente a un 19% de jefas de hogar. (los países estudiados fueron: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay; así mismo, entre los 25 y 49 años de edad, el 95% de los hombres pertenecen a la población económicamente activa; a diferencia del 63% de las mujeres; esto repercute en que en ninguno de los 16 países estudiados, los hombres dedicados a actividades domésticas exclusivamente no alcanzan el 5%; no así en el caso de mujeres que en Honduras alcanza casi el 50% y en Ecuador, el 30%. Fuente: Vivian Milosavljevic, *Estadísticas para la Equidad de género*, Cuaderno 29 de la CEPAL, Santiago de Chile, UNIFEM, 2007, pp. 90 y 120.

78 Luis Prieto Sanchís, "El Juicio de Ponderación Constitucional" en Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, Coords., *El Principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010, p. 103.

cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente<sup>79</sup>; resulta necesario analizar también el valor simbólico que la sociedad le ha asignado históricamente a estos grupos, para poder comprender las razones de su exclusión y adoptar medidas, en consecuencia.<sup>80</sup>

Desde este punto de vista, la consagración constitucional y legal de la participación paritaria, secuencial y alternada entre mujeres y hombres resulta ser una medida idónea para garantizar una participación femenina efectiva, que no produce discriminación contra de los hombres en cuanto no establece ninguna condición gravosa para nosotros.

La medida afirmativa de cuota es viable, por cuanto persigue un objetivo constitucionalmente legítimo, en los términos del transcrito artículo 11 de la Constitución de la República; es proporcional, en cuanto no afectan los derechos de los varones puesto que podemos seguir participando abiertamente en política, a la vez que elimina ventajas ilegítimas que son resultado de un sistema social excluyente, que por el hecho de ser tal, es contrario a los derechos de igualdad material y a los principios que inspiran al sistema democrático. Finalmente, las medidas de carácter legislativas conocidas como leyes de cuota son idóneas en cuanto han permitido una incorporación creciente y sostenida de la mujer a la vida política, en casi todos los Estados Latinoamericanos, según lo demuestra la evidencia empírica con la que se cuenta.

De acuerdo con datos de la CEPAL, los países con crecimiento sostenido y rápido en la representación femenina cuentan con leyes de cuotas, a excepción de Cuba que tiene una alta participación de mujeres en sus instancias legislativas, pero cuya representación no se da como resultado de elecciones competitivas.<sup>81</sup>

---

79 Constitución de la República, artículo 11, inciso segundo.

80 Sin perjuicio de esta disposición, durante la campaña para las elecciones de 2013, Nelson Zavala, Candidato a la Presidencia de la República, por el Partido Roldosista Ecuatoriano, realizó pronunciamientos que el Tribunal Contencioso Electoral, dentro del caso 148-2013-TCE, declaró discriminatorios y contrarios al laicismo. Esto evidencia que en pleno siglo XXI, una persona que pretende gobernar al Ecuador mantiene prejuicios homofóbicos, opuestos al derecho fundamental “a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual”, derecho reconocido por el artículo 66, número 9 de la Constitución.

81 CEPAL. *El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y El Caribe*, X Conferencia regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe, realizada en Quito, del 6 al 9 de agosto de 2007, p. 27. Disponible en: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/mujer/noticias/noticias/3/27753/P27753.xml&xsl=/mujer/tpl/plf.xsl&base=/mujer/tpl/top-bottom.xsl> (fecha de consulta: 11-jul-2013).

No obstante, aún cuando los derechos humanos se han desarrollado en base a una doctrina de igualdad de oportunidades y evoluciona en esa dirección,<sup>82</sup> existen factores inherentes a esta matriz filosófica que pudieren operar como obstáculos para el cumplimiento de tales propósitos, si no se llega a contemplar acciones afirmativas de llegada.

Sin perjuicio de la vital importancia que han tenido las leyes de cuota, y a fin de potenciar su efecto, podemos tomar como punto de partida el pensamiento de autores como Manuel Larrosa Haro, según el cual, "... los sistemas electorales y los sistemas de partidos, tratan de una relación triangular entre instituciones, procedimientos y dinámicas altamente compleja, indispensable de conocer para entender el funcionamiento de los sistemas democráticos contemporáneos, en tanto modelo de organización política."<sup>83</sup>

Actualmente, el acceso al poder, por la vía democrática es la tendencia dominante a nivel mundial, desde 1974, según lo ha caracterizado Samuel Huntington como la "tercera ola democrática".<sup>84</sup> No obstante, a fin de conocer las expectativas de grupos tradicionalmente relegados, como es el caso de las mujeres, dentro de un sistema democrático, es indispensable identificar los diferentes procesos evolutivos de las relaciones sociales, y una vez conocido el fenómeno, identificar las razones que le han dado su fisonomía al sistema jurídico como lo conocemos en la actualidad. Solamente a partir de allí, podremos identificar puntos neurálgicos susceptibles de ajuste, dentro del ordenamiento jurídico, el mismo que, de conformidad con el artículo primero de la Constitución busca siempre la

---

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "...la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), [...] entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales." Ver Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. En igual sentido, *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de fondo, párrafo 99; *Caso Blake. Interpretación de la Sentencia sobre Reparaciones*, de 1 de octubre de 1999, párrafo 21; y, *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2003, párr. 58.

83 Manuel Larrosa Haro, "Partidos Políticos, Sistemas Electorales y Sistemas de Partidos", en Gustavo Emmerich y Víctor Alarcón Olgún coord., *Tratado de Ciencia Política*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana de Iztapalapa, 2007, p. 219-220.

84 Sobre la teoría política que Samuel Huntington denomina "la tercera ola democrática" puede consultarse Roberto García Jurado, *La Teoría Democrática de Huntington*, México D.F., Universidad Autónoma Metropolitana de Xochimilco, 2003, pp. 7-24.

realización de la justicia, por medio de la tutela efectiva de los derechos humanos y fundamentales. En palabras de Ramiro Ávila, “...en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio”.<sup>85</sup>

En cuanto al derecho electoral en el Ecuador, las listas de conformación paritarias y secuenciales no es la única medida de acción afirmativa existente; por el contrario, la propia estructura institucional, conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, de acuerdo con el artículo 217 de la Constitución son los principales garantes de la tutela efectiva de los derechos de participación, tienen una integración paritaria mujer-hombre u hombre-mujer, según lo establece el artículo 20 del Código de la Democracia y se rigen por varios principio, entre ellos, el de paridad de género, según consta en el artículo 18, inciso segundo del mismo cuerpo normativo.

Asimismo, constituye una acción afirmativa de carácter legislativo, el establecer como una de las obligaciones propias de las organizaciones políticas, “...Garantizar la formación política ciudadana fundamentada en los enfoques de derechos humanos, de género, interculturalidad, igualdad, no discriminación y cultura de paz para todos sus miembros...”.<sup>86</sup>

Estas medidas de acción afirmativas, que no son otra cosa que estrategias adoptadas por el sistema para garantizar el derecho a la igualdad material, como parte del sistema de derechos y justicia, actúan como un fin en sí mismas, pero a la vez como un medio para la construcción de una democracia sustancial; aceptando como cierta la premisa según la cual, una democracia para ser tal, debe garantizar la inclusión igualitaria de todas y todos. Robert Dahl caracteriza a las democracias contemporáneas como una “*poliarquía*”, cuyo elemento distintivo está en aumentar las “...oportunidades de participación y el debate auténtico y por consiguiente, el número de individuos, grupos e intereses cuyas preferencias hay que considerar al ejercer el poder público”<sup>87</sup>.

---

85 Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia” en Ramiro Ávila edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 22.

86 Código de la Democracia, artículo 331, número 11.

87 Robert Dahl. *La Poliarquía. Participación y Oposición*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 23.

El paso hacia la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, desde el ámbito de influencia del derecho, con el objeto de acelerar este proceso inclusivo, requiere de la adopción de medidas afirmativas, como leyes de cuota; no obstante, nos puede llevar anticipadamente a una primera conclusión que sustento en algunas recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, del Sistema de Naciones Unidas; según el cual, es necesario que "...los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo."<sup>88</sup>

Actualmente, el poder económico como mecanismo de ventajas entre candidaturas, disminuye la legitimidad del ejercicio del poder político, por restringir la libertad del sufragio activo pero; por sobre todo, implica una forma de exclusión de la mujer, dada su condición económica. La no participación de la mujer en política provocó la invisibilización de sus problemas en la formulación de políticas de estado. Claramente, si el cuerpo electoral estuvo completamente integrado por hombres; es lógico suponer que el ejercicio del poder político no solo estuvo dominado exclusivamente por hombres, también estuvo a su servicio y beneficio. Asimismo, el acceso a los cargos legislativos produjo leyes con enfoque androcéntrico.<sup>89</sup>

#### 1.4. Acciones afirmativas de partida y resultados alcanzados

Previo al análisis de los elementos más influyentes del sistema jurídico electoral, en la participación femenina en política, lo que será materia del próximo capítulo, por el momento, bastaría con afirmar que el régimen jurídico actúa como una variable independiente que arroja diferentes resultados, de acuerdo con la interrelación que sostiene con algunas variables, que le son dependientes. Esto demostraría que, más allá de la pretendida igualdad de oportunidades, el "... acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país", derecho reconocido por

88 Comité para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 5*, Séptimo período de sesiones, 1988, párr. 4.

89 Un ejemplo de este *machismo jurídico* es la, no hace mucho tiempo vigente, tipificación penal del adulterio. El artículo 415 del Código Penal de 1871 y el artículo 367 del Código Penal de 1906 establecieron consecuencias jurídicas distintas para una misma conducta, cuando ésta fuese cometida por un hombre o por una mujer. Para muchos, la penalización del aborto es también una de las expresiones del control jurídico masculino sobre el cuerpo de la mujer.



el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en concordancia, casi textual, con lo previsto en el artículo 23, número 1, letra c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es un tema de voluntad política y, como tal no se agota con la sola adopción de leyes de cuota, pese a su invalorable impacto.

Desde el punto de vista del derecho comparado, se puede evidenciar que la adopción de leyes de cuota ha sido determinante en un avance exponencial de la participación femenina en elecciones.<sup>90</sup> En el caso de México, el Código federal de instituciones y procedimientos electorales, COFIPE en 1996 estableció un porcentaje de cuota equivalente al 30%; el mismo que fue incrementado al 40%, en las reformas vigentes a partir del año 2008. Actualmente, el Congreso de la Unión está conformado por 500 congresistas, 169 de las curules son ocupadas por mujeres, lo que equivaldría al 33,8%; es decir, un porcentaje inferior al previsto en la cuota.<sup>91</sup>

En el caso de Costa Rica, el porcentaje de cuota, según el Código Electoral de 2009 (Ley 8.765) es del 50%. La Asamblea Legislativa de este país, se integra por 57 diputadas o diputados; de los cuales, actualmente 22 curules son ejercidas por mujeres;<sup>92</sup> es decir, el 38,6%, con lo que, al igual que México, se evidencia una efectividad femenina menor al porcentaje previsto por la ley de cuotas.

Por su parte, el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece una cuota mínima femenina del 50%. La Cámara Baja se integra en un 37,4% por mujeres, lo que equivale a

---

90 A partir de 1979, año del retorno a la democracia, la legislación electoral no establecía cuotas femeninas. Los resultados alcanzados por las candidatas fueron los siguientes: 1979 (0%); 1984 (4,22%); 1988 (7,04%); 1990 (6,97%); 1992 (5,19%); 1994 (9,72%); 1996 (6,09%); 1997 [(10%) (Asamblea Constituyente)]. A partir de 1998, se introdujo un porcentaje de cuota equivalente al 20%, con lo que el número de mujeres congresistas alcanzó el 13,22%; en 1999, el 14,6%. En el año 2000, la cuota subió al 30% pero no hubieron elecciones de diputadas/os; en el año 2002, la cuota se incrementó al 35%, el porcentaje de mujeres ascendió al 17%. Para el 2004, la cuota vigente fue del 40%, pero no se realizaron elecciones parlamentarias, por lo que no puede medirse su impacto. En el 2006, el porcentaje de cuota fue del 45% y el éxito alcanzado por mujeres fue del 26%; en 2007, con cuota del 50%, se logró el 34,61% y en 2009, año en el que la Constitución incorporó la exigencia de paridad, se alcanzó el 33,87%, ver María José Machado, *De las cuotas a la paridad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador (tesis).

91 Fuente: Portal Oficial en Internet del Congreso de la Unión de México. [http://sitl.diputados.gob.mx/LXII\\_leg/info\\_diputados.php](http://sitl.diputados.gob.mx/LXII_leg/info_diputados.php).

92 Fuente: Cámara de Diputados de la República de Costa Rica, [http://www.asamblea.go.cr/Diputadas\\_Diputados/Lists/Diputadas/Diputadas%20y%20diputados%20por%20Nombre.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Diputadas_Diputados/Lists/Diputadas/Diputadas%20y%20diputados%20por%20Nombre.aspx).

187 diputadas.<sup>93</sup> En el caso de Perú, la Ley No. 28869, dictada en el año 2006, prevé una cuota femenina mínima del 30%; el Congreso peruano, se integra por 130 miembros, de los cuales, a penas 27 curules son ocupadas por mujeres; esto es, el 21%.<sup>94</sup>

En el caso de Brasil, la Ley No. 9504 de 1997 establece normas para elecciones pluripersonales, prescribiendo que las listas deben estar conformadas, al menos, en un 30% por personas de un mismo sexo. La Cámara Baja de Brasil, se integra por 513 miembros, de los cuales 65 corresponden a mujeres; esto es, el 15,3% de su integración total, porcentaje muy inferior al establecido por la cuota, como en todos los casos, hasta aquí, analizados.<sup>95</sup>

Argentina, país pionero en adoptar este tipo de medidas afirmativas, en su Constitución y normativa secundaria (Ley Nacional de cupo 24.012, modificatoria al artículo 60 del Código Nacional Electoral) prevé una cuota mínima del 30%. La representación femenina en la cámara baja corresponde al 38,13%; esto es, 98 diputadas, de un total de 257 curules existentes.

Chile, país que no cuenta con una ley de cuotas, presenta una conformación de su cámara baja de 120 miembros; de los cuales, 17 escaños son ejercidos por mujeres; esto es, el 15%<sup>96</sup> aún cuando la Presidencia de la República fue ejercida por una mujer, durante el período inmediato anterior.

En Nicaragua, la ley de cuotas únicamente es aplicable en elecciones municipales; pese a ello, en elecciones nacionales, 38 de 90 escaños parlamentarios fueron adjudicados a mujeres, lo que corresponde al 42%.<sup>97</sup> El caso nicaragüense, pese a ser excepcional, es relevante para nuestro estudio por cuanto demuestra que las mujeres pueden acceder, por sus propias capacidades, a cargos de elección popular dentro de sociedades

---

93 Fuente: Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela: <http://www.asambleanacional.gob.ve/diputado#1>

94 Portal Oficial en Internet del Fuente: Congreso de la República del Perú, <http://www.congreso.gob.pe/organizacion/pleno.asp?mode=Pleno>

95 Fuente: Cámara Legislativa de Brasil, <http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa>.

96 Fuente: Cámara de Diputados de Chile, <http://www.camara.cl/camara/diputados.aspx#tab>.

97 Fuente: Asamblea Nacional Nicaragüense, <http://www.asamblea.gob.ni/diputados/>

que han vivido procesos políticos que les ha permitido superar prejuicios de género.

Desde el punto de la efectividad de las leyes de cuota, queda claro que casi en todos los países estudiados, salvo el caso de Argentina y Nicaragua, la representación femenina en las cámaras legislativas se encuentra por debajo de la cuota mínima prevista en la ley. En el caso argentino, siendo éste el primer país en establecer leyes de cuota, en 1947, la tradición influye en el reconocimiento del valor político de la mujer en la política; tanto es así que, la Presidencia de la República es ejercida actualmente por Cristina Fernández.

En el caso nicaragüense, debe considerarse que, pese a no existir una ley de cuota, la representación femenina es apreciable dado el rol protagónico que han tenido las lideresas dentro del Partido Sandinista, organización política predominante en ese país, desde tiempos de su revolución.

Sin embargo, los ejemplos de estos países demuestran la importancia de la variable cultural y desmiente abiertamente el razonamiento según el cual, las mujeres son menos apreciadas por el electorado, por lo que no tratándose de una ley sociológica que las mujeres son menos atractivas para el cuerpo electoral, el paso a seguir en el establecimiento de estrategias hacia la desmitificación de creencias excluyentes, tendría que ver con la incorporación de legislación de cupos, o acciones afirmativas de llegada, que no garanticen solamente la participación, sino el ejercicio efectivo de los cargos de elección popular.

En el caso ecuatoriano, de conformidad con el artículo 65 de la Constitución,<sup>98</sup> existe la prescripción de presentar listas que respeten criterios de paridad y secuencialidad de género; es decir, se establece una cuota del cincuenta por ciento, principio que se reproduce en la

---

98 Constitución de la República, artículo 65 (parte pertinente): "...En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial."

conformación de las directivas de las organizaciones políticas<sup>99</sup>. Pese a ello, el 68% de Asambleístas, durante el período legislativo 2009-2013 fueron hombres; así como, los 60,3% de curules alcanzadas por hombres en las elecciones de 2013.

Para aportar con criterios cualitativos en cuanto al ejercicio de funciones legislativas por parte de las mujeres, dentro de la Asamblea Nacional, he tomado como muestra de análisis, a las 13 comisiones legislativas permanentes y cinco ocasionales, en las que se dividen las y los legisladores.<sup>100</sup>

Para establecer una prelación entre comisiones legislativas, tomaré como referencia a aquellas que concentran mayor poder político y económico. Desde esta perspectiva, podríamos identificar como las comisiones más importantes a la de Justicia y Estructura del Estado, Régimen Económico, Desarrollo Económico, Biodiversidad y Recursos Naturales; y Fiscalización y Control Político. De las citadas comisiones legislativas, solo la última, fue presidida por una mujer, durante el período legislativo 2009-2013, en comparación con el período 2013-2017.

En el caso de las comisiones legislativas que atienden temas más cercanos a lo social, como es el caso de la Comisión de Derechos de los Trabajadores, Soberanía Alimentaria, Educación y Cultura; Derecho a la Salud; Derechos Colectivos y Comunitarios y Participación Ciudadana; se verifica que, de las seis comisiones citadas, tres de ellas, durante el período 2009-2013, fueron presididas por mujeres y para el período 2013-2017, solo dos presidencias corresponden a legisladoras. En cuanto a las comisiones ocasionales, durante el período 2009-2013, cuatro de las cinco fueron presididas por hombres y para el período 2013-2017, todas las presidencias corresponden a varones.

---

99 Constitución de la República, artículo 108 “Los partidos y movimientos políticos son organizaciones públicas no estatales, que constituyen expresiones de la pluralidad política del pueblo y sustentarán concepciones filosóficas, políticas, ideológicas, incluyentes y no discriminatorias. Su organización, estructura y funcionamiento serán democráticos y garantizarán la alternabilidad, rendición de cuentas y conformación paritaria entre mujeres y hombres en sus directivas. Seleccionarán a sus directivas y candidaturas mediante procesos electorales internos o elecciones primarias”.

100 Estas comisiones legislativas son: Justicia y Estructura del Estado; Derecho de los Trabajadores, Régimen Económico; Desarrollo Económico, Soberanía-Integración; Biodiversidad y recursos naturales; Soberanía alimentaria; Gobiernos autónomos, Educación y Cultura; Derecho a la Salud; Participación ciudadana; Derechos Colectivos Comunitarios y Fiscalización y Control Público. Fuente: <http://www.asambleanacional.gov.ec/> (fecha de consulta: 21-feb-2013).

El hecho de que una mujer presida una comisión legislativa no quiere decir que tenga control político sobre ella. Por ejemplo, la Comisión Permanente Especializada de Fiscalización y Control Político, pese a haber sido presidida y vicepresidida por mujeres, estuvo integrada por siete hombres y cuatro mujeres. En este sentido, y dado que las decisiones se adoptan por mayoría simple, resulta que las mujeres, pueden tener a su cargo el manejo de la agenda política, que no es un tema menor, pero no cuentan con la mayoría necesaria para impulsar asuntos que puedan ser relevantes, desde su perspectiva de género.

Otro ejemplo de ello es la Comisión Permanente Especializada de Derechos Colectivos y Comunitarios que, pese a haber sido presidida por Lourdes Tibán, estuvo integrada por tres mujeres y seis hombres, lo que implica que las decisiones son casi totalmente adoptadas por ellos. Así, de las 5 comisiones presididas por mujeres, en ninguna de ellas hubo mayoría femenina, por lo que, si bien el número de mujeres que ha accedido a la Función Legislativa, durante el período legislativo 2009-2013, es cuantitativamente mayor, su impacto e influencia sigue siendo modesta, en términos cualitativos.

Para el período 2013-2017, solamente las comisiones de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral; y la de Derechos Colectivos Comunitarios y la Interculturalidad cuenta con mayoría femenina, aunque la primera de ellas está presidida por un hombre.

De lo expuesto, se concluye que muchos de los prejuicios sociales y de los roles socialmente asignados<sup>101</sup> a hombres y a mujeres, no solo permanecen y se reproducen en el ámbito de lo privado, también trascienden a la esfera pública; de ahí que, una de las reivindicaciones del movimiento feminista, especialmente en sus años de formación, siempre fue lo “personal es político”, a fin de visibilizar las condiciones de desigualdad en las que vivían dentro y fuera de los límites del hogar y, que en gran medida, siguen viviendo las mujeres, alrededor del mundo.

---

101 En la Recomendación General No. 3, Sexto período de sesiones de 1987, El Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer “Inst[ó] a todos los Estados Partes a adoptar de manera efectiva programas de educación y divulgación que contribuyan a eliminar los prejuicios y prácticas corrientes que obstaculizan la plena aplicación del principio de igualdad social de la mujer.”

Del análisis comparativo de datos, se puede identificar una tendencia según la cual, el número de mujeres que acceden a las cámaras legislativas sigue siendo inferior al previsto en la ley de cuota y su influencia en las decisiones a adoptarse, es aún menor. De ahí que, si bien las leyes de cuota son altamente efectivas para promover la incorporación de las mujeres a la vida pública, no resulta ser suficientes para alcanzar una participación equitativa entre mujeres y hombres; de ahí que, resulta importante conocer, qué otros aportes se puede hacer desde el ordenamiento jurídico, para garantizar la equidad en el ejercicio del derecho al sufragio pasivo de nuestras ciudadanas, asumiéndonos todas y todos somos “*igualmente desiguales*”.<sup>102</sup>

Finalmente, cabe advertir que el régimen jurídico electoral no es la única variable independiente que debe considerarse; quizá ni siquiera sea la más importante. Otra variable de este tipo es la que atiende a clivajes éticos, culturales, políticos y económicos; variables cuyo análisis escapa a los propósitos de este trabajo; no obstante, es importante destacar que el sistema jurídico internacional, a fin de incidir sobre esta variable adaptativa, reconoce “...el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.<sup>103</sup>

Otra variable importante pero que también escapa a nuestro ámbito de estudio es la ideológica, cuya influencia depende del mayor o menor involucramiento de la ciudadanía en política. Esta variable, a diferencia de lo que sostienen autores representativos de la escuela conocida como *rational choice*<sup>104</sup> o de la elección racional, según los cuales, las electoras y electores únicamente participan en elecciones movidos por intereses personales, generalmente económicos, se cuenta con evidencia empírica que demostraría que en sistemas de voto voluntario, la participación ciudadana es alta o baja, de acuerdo con la trascendencia de la decisión política en juego.

---

102 John Rawls. *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 122.

103 Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas, Informe, 13 octubre 1998 OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17.

104 Rodolfo Alejandro Díaz, “La Ciencia política Positiva Actual: Origen y Fundamentos de la Perspectiva de *Rational Choice*”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 14 de septiembre de 2011, disponible en: [www.ancmyp.org.ar/user/files/11%20Diaz.pdf](http://www.ancmyp.org.ar/user/files/11%20Diaz.pdf)

Por ejemplo, Chile cuenta con un sistema de voto voluntario.<sup>105</sup> La más alta participación ciudadana fue registrada en las elecciones plebiscitarias, convocadas por Augusto Pinochet, en el que el propio gobierno promovió una alta participación popular, para legitimar su permanencia en el poder, aunque los resultados le fueron adversos. Después de esta elección, los procesos electorales posteriores registran una participación ciudadana decreciente.<sup>106</sup>

En suma, la variable ideológica adquiere un peso importante pero relativo, por lo que debe ser considerada en todo estudio sobre comportamiento electoral, pero en diferente medida, de acuerdo con el contexto social y político concreto. Pese a ello, en sistemas multipartidistas, como el ecuatoriano, las distancias ideológicas tienden a reducirse dada la lucha centrípeta que produce la búsqueda del voto oscilante del centro y la consecuente tendencia a la exclusión de grupos radicales. Así, en un sistema multipartidista extremo, "...la tendencia dominante es la formación de gobiernos de coalición. Existen asimismo diversas coaliciones posibles, pero casi todas tienden a excluir a los partidos situados en los extremos y a girar alrededor del partido o partidos situados en el centro..."<sup>107</sup>

La variable ideológica puede tener mayor incidencia para el estudio del comportamiento electoral, cuando es alentada por un líder populista sobre todo, si contamos con que las elecciones parlamentarias coinciden con las de Presidenta o Presidente de la República, por el denominado *arrastre electoral*.<sup>108</sup> En definitiva, "un sistema electoral, entonces, es un componente importante de todo sistema político, pero no es el único ni el decisivo..."<sup>109</sup>

---

105 De acuerdo con la Constitución chilena de 1980, el voto es obligatorio; no obstante, la legislación no establece sanción para personas que no sufragaren; por lo que, para efectos de comportamiento electoral, se lo considera un sistema de voto voluntario.

106 Patricio Navia, *Participación Política en Chile, 1988-2001*, Santiago, Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales, 2002, p. 83-91.

107 Jordi Matas Dalmases, "Los partidos políticos y los sistemas de partidos" en: Josep M. Vallés, Comp., *Ciencia Política: Una Introducción*, Barcelona, Ariel, cuarta edición, 2004, p. 366.

108 El artículo 89 de la Ley Orgánica Electoral, previo a su reforma (RO-S. 578, 27-abr-2009) dispuso que la elección de Asambleístas se realice conjuntamente con la segunda vuelta de Presidenta o Presidente de la República, a fin de favorecer a una conformación uniforme de la Asamblea, dado el arrastre que produciría las candidaturas presidenciales finalistas. Actualmente, las elecciones de asambleístas, coinciden con la primera vuelta presidencial, por disposición del artículo 9, de la Ley 00 (RO-S 634, 06-feb-2012) que sustituyó al artículo 89.

109 Dieter Nohlen, *Sistema Electorales en el Mundo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981, p. 316.





## II

## ELEMENTOS INSTITUCIONALES RELEVANTES PARA LA PROMOCIÓN DEL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO DE LA MUJER

Diego Zambrano Álvarez

La división entre la esfera pública y la privada, a la que nos hemos referido en el capítulo anterior, y su asignación y jerarquización de los roles asignados para individuos de los dos sexos empezó a resquebrajarse con la incursión de la mujer en espacios tradicionalmente exclusivos de los varones como la academia, la filosofía y la política, por los que la presencia de mujeres como Hannah Arendt, Rosa Luxemburg<sup>110</sup> o la ecuatoriana Matilde Hidalgo, primera mujer en América Latina que, aún antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1929<sup>111</sup>, la misma que por primera vez<sup>112</sup> estableció expresamente que el derecho al sufragio

---

110 Rosa Luxemburg, mujer judía, polaca que llevó una doble existencia política, era miembro del Partido Socialdemócrata en Alemania y cofundadora de la Socialdemocracia de Polonia y Lituania; estuvo siempre ligada al movimiento obrero alemán, fue contraria al nacionalismo, lo que le llevó a un aislacionismo político de las organizaciones de izquierda de Polonia. Jens Walter, "Una vida corta" en: John schuttrumpf, Edit., *Rosa Luxemburg o el precio de la libertad*, Quito, Fundación Rosa Luxemburg, Segunda edición, 2010, p. 106.

111 Paraguay fue el último país en América Latina en reconocer el derecho al sufragio activo de las mujeres, en 1961.

112 La primera democracia en universalizar el derecho al sufragio activo como país, en el mundo fue Nueva Zelanda, que en 1893 incorporó a la mujer a los padrones electorales. Algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica ya lo habían hecho en Wyoming (1869), después en Colorado (1893) y seguidamente en Utah (1895). Después de Nueva Zelanda las mujeres conquistaron este derecho en un bloque de países nórdicos: Finlandia (1906), Noruega (1913), Dinamarca, Islandia y Holanda (1915). Ver María Emma Wills Obregón, "Cincuenta años del sufragio femenino en Colombia (1954): Por la conquista del voto 2004: Por la ampliación de la ciudadanía de las mujeres" Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-47052005000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-47052005000100003&script=sci_arttext) (fecha de consulta: 07/03/2013).

es de titular tanto de hombres como de mujeres,<sup>113</sup> ejerció su derecho al sufragio.<sup>114</sup>

Referencia especial merecen las heroínas que participaron en las guerras de independencia de Sudamérica, quienes se destacaron por sus hazañas militares, lo que impactó a la sociedad colonial que criticó duramente a estas mujeres por inmiscuirse en actividades absolutamente ajenas a su rol social y condición de mujeres.

Entre estas mujeres excepcionales está Policarpa Salavarrieta, figura determinante en la independencia de lo que hoy es Colombia y; por supuesto, Manuela Sáenz quien la historia oficial, por mucho tiempo la redujo al puesto de amante de Bolívar, desconociendo que la Generala Quiteña, en una de sus tantas intervenciones militares evitó la muerte de Simón Bolívar, emboscado por el ejército realista.

Sin perjuicio de ello, para efectos de este estudio, el aporte de estas mujeres en la construcción de nuestros estados contemporáneos no será considerado, por tener un carácter excepcional; es decir, no refleja la situación de la mujer como sector social y tampoco influyó en cambiarla.

La incursión de la mujer en política data apenas de mediados del siglo XX. Esta presencia se ha intensificando paulatina y progresivamente hasta que actualmente las más altas magistraturas son también ocupadas por ellas;<sup>115</sup> lo cual, no implica que la discriminación en su contra se hubiere superado, según lo vimos en el capítulo precedente; no obstante,

---

113 El artículo 31 de la Constitución ecuatoriana de 1906 estableció que para ser elector se requiere ser ciudadano en ejercicio, y reunir las demás condiciones que, en los respectivos casos, determinan las leyes." El artículo 13 del mismo cuerpo normativo, señala: "Para ser ciudadano se requiere tener veintiún años de edad y saber leer y escribir." El contexto social de la época hizo que estas normas, las mismas que no establecían prohibición para el voto de la mujer, sea interpretadas en el sentido según el cual, únicamente los hombres pudieron ejercer los derechos de ciudadanía; de ahí la importancia de la actuación de Matilde Hidalgo en la exigencia de sus derechos políticos como mujer y como ecuatoriana.

114 Después de Ecuador, se fueron sumando al reconocimiento del voto femenino Brasil y Uruguay en 1932; Cuba en 1934; El Salvador en 1939; República Dominicana en 1942; Guatemala, Panamá y Venezuela en 1946; Argentina 1947; Costa Rica 1949; hasta que 11 países latinoamericanos lo hicieron hasta 1961, siendo el último en sumarse Paraguay. Fuente: Line Bareiro, Clyde Soto y Lilian Soto, *La inclusión de las mujeres en los procesos de reforma política en América Latina*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2007, p. 7.

115 A manera de ejemplo, durante el período legislativo que inició en mayo de 2013, la Presidencia y las dos Vicepresidencias de la Asamblea Nacional de Ecuador han sido ejercidas por tres mujeres, todas ellas del movimiento oficialista Alianza País.

este mayor acceso evidencia una evolución a todas luces positiva. Por tales razones, este capítulo parte de la reflexión que hiciera el Observatorio de Igualdad y Género de América Latina y el Caribe de la CEPAL, en los siguientes términos:

La cuestión fundamental, que se destaca en la Plataforma de Acción de Beijing, es la disparidad entre la participación de jure y de facto de la mujer en la política y la vida pública en general (es decir, entre el derecho y la realidad de esa participación). Las investigaciones realizadas demuestran que si su participación alcanza entre el 30 y el 35% (que por lo general se califica de “masa crítica”)...<sup>116</sup>

Desde el punto de vista electoral, cabe recordar que las mujeres que han conquistado la Presidencia de la República en América Latina, por la vía del sufragio, tres de ellas (Violeta Barrios de Chamorro en Nicaragua (1990) y Mireya Elsa Moscoso en Panamá (1999) y Cristina Fernández en Argentina (2007) tuvieron un determinante impulso, por su condición de esposas de destacados dirigentes políticos de sus respectivos países; siendo tal vez el caso de la chilena Michell Bachelet, electa en el año 2005, y de la actual mandataria brasileña Dilma Rousseff (2010) casos en los que su capital político se sustenta en una impecable carrera académica, política y profesional.

El reconocimiento de la existencia de relaciones asimétricas entre mujeres y hombres por parte de la Comunidad Internacional y la necesidad de superar esta situación de desequilibrio, obligan a los estados a adoptar las medidas que fueren necesarias. El artículo 7, letra b) de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer textualmente expresa,

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: ocupar

---

116 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Recomendación General No. 23, 16° período de sesiones, 1997, párrafo 16.

cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales.

Sin perjuicio de ello, el bajo porcentaje de mujeres en los órganos colegiados legislativos identificados en el capítulo anterior, demuestran que las leyes de cuotas no son suficientes para revertir la subrepresentación femenina. De hecho, el sistema jurídico contiene instituciones normativas que pueden ser modificadas intencionalmente para producir efectos preconcebidos.<sup>117</sup>

Ejemplos de manipulación política, con respaldo del propio sistema jurídico es el caso de “las Juanitas”.<sup>118</sup> Se trata sobre la forma que encontraron algunas organizaciones políticas para evadir la ley de cuotas en México. La legislación federal establece un porcentaje mínimo de integrantes mujeres, en relación proporcional con los resultados electorales obtenidos por cada organización política.

En el año 2009, la representación de la mujer alcanzó apenas el 28.1%. Sin embargo, las diputadas denominadas “Las Juanitas” fueron presionadas por sus organizaciones políticas para que soliciten licencia sean sustituidas por suplentes varones. Esto generó una *sobrerrepresentación* adicional del 2.3% a los diputados federales, con lo que se burló la ley de cuotas, en una maniobra machista, pero jurídicamente admisible.<sup>119</sup>

Ejemplos como el de las Juanitas demuestran la insuficiencia de las leyes de cuota para la tutela efectiva del derecho al sufragio pasivo de la mujer; de ahí que, para facilitar tal cumplimiento es importante indagar en otras instituciones del régimen normativo, a fin de conocer su real impacto y las posibles alternativas para favorecer a la inclusión. En suma,

---

117 “El concepto de *sistema* es el de un conjunto cohesivo e interdependiente de elementos que interactúan entre sí y con el ambiente, pero que no puede ser descrito ni entendido como la mera suma de sus partes. Éstas, en efecto, actúan de modo distinto que si estuvieran aisladas, ya que su comportamiento depende del de las demás y de la lógica global del conjunto del sistema. Luis Bouza-Brey, “El Sistema Político” en Miguel Maminal Badia, Comp., *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 71-72.

118 Ximena Machicayo Barnery. *El acoso político. Un tema urgente de enfrentar*, la Paz, Programa de Apoyo a la Gestión Pública Descentralizada PADEP-GTZ y Asociación de Concejales de Bolivia, 2004, p. 75.

119 José Alejandro Luna Ramos, “Juzgar con Perspectiva de Género: Una propuesta de acciones concretas para los Jueces Electorales Mexicanos”. Ponencia presentada en la ciudad de Girona (Cataluña, España) el 18 de mayo de 2010, en la sala de grados Francisco Tomás y Valiente de la Facultad de Derecho, disponible en: <http://ojs.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/30242> (fecha de consulta: 7 de enero de 2013).

el éxito electoral de la mujer puede depender, no solo de la superación de atavismos culturales y de la voluntad política de las élites, también puede tener una importante aliada en la ley.

Entre los elementos que influyen en el acceso de la mujer a cargos públicos de elección popular podemos identificar, como variables dependientes relevantes, a las siguientes: el sistema de partidos, la forma de realización de las elecciones primarias, el tamaño de las circunscripciones electorales, financiamiento de las organizaciones políticas y de la campaña electoral; las mismas que procedemos a analizar en adelante.

## 2.1 Sistema de Partidos

La doctrina tradicional ha identificado varias tipologías de los diferentes sistemas de partidos políticos, quizá la de Giovanni Sartori<sup>120</sup> sea la más conocida; no obstante, para efectos del presente estudio, nos basta con atender su carácter cuantitativo. Esta variable atiende al número de organizaciones políticas intervinientes en un proceso electoral con posibilidad de conquistar algún escaño. Para que esta variable pueda influir en la participación femenina, es indispensable que sea analizada a la luz de algunos presupuestos.

En primer lugar, el análisis que presento solo puede ser aplicable a sistemas en los que la conformación de listas para elecciones pluripersonales se realiza de forma paritaria y secuencial entre hombres y mujeres, como es el caso de Ecuador, cuyo artículo 65, textualmente expone “En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial”.<sup>121</sup>

El número de partidos participantes influye en condiciones en que se aplica un método de repartición proporcional de escaños, mas no en un sistema mayoritario.<sup>122</sup> Un tercer aspecto tiene que ver con el

---

120 Giovanni Sartori, *Partidos y Sistemas de Partidos*, Madrid, Alianza, 1989, p. 69.

121 Para autoras como Gloria Bonder, “...Ecuador fue reconocido como uno de los 10 países que más avanzaron en el mundo entre 2004 y 2007, situándose en segundo lugar, después de Rwanda...” Gloria Bonder, *Liderazgo Político de las Mujeres en América Latina: Un proceso en construcción*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Agencia Española de Cooperación Internacional y Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, 2009 p. 26.

122 Entenderemos por sistema mayoritaria aquel en el que no se aplica ninguna fórmula de repartición de escaños, sino que el escaño es adjudicado a las candidaturas más votadas.

voto preferente. El número de partidos influye, en mayor medida, en la participación de la mujer cuando se trata de elecciones con listas cerradas y aún más, si son bloqueadas. “Los hallazgos indican un resultado positivo significativo en los sistemas electorales de listas cerradas y bloqueadas con mandato de ubicación; concretamente, el estudio muestra que utilizando esta combinación un partido tiene una posibilidad de 50% mayor de lograr la elección de mujeres que si emplease listas abiertas.”<sup>123</sup>

Bajo las condiciones propias del sistema ecuatoriano, existe una relación inversamente proporcional entre el número de partidos participantes y el éxito electoral femenino. Así, si se tratase de un sistema de partido único, la conformación paritaria y secuencial de listas bloqueadas, en elecciones pluripersonales, haría que el 50% de representantes a la Asamblea Nacional fuesen mujeres.

Pese a ser favorable para alcanzar niveles de equidad de género, los sistemas de partido único son un contrasentido dentro de un sistema democrático, cuya característica principal está en el reconocimiento de la libertad de pensamiento, asociación y la pluralidad que existe entre los diversos sectores sociales; no obstante, para efectos de este trabajo, debe considerársele como una clasificación del sistema de partidos.

Ahora bien, en sistemas como el ecuatoriano en el que se establece un sistema de voto preferente, el impacto de la conformación paritaria y alternada de cuota se pierde, dada la libertad que existe para el elector para conformar su propia lista, entre todas las candidaturas y en el orden que desee. Siendo así, las fracciones que integran un voto podrían recaer totalmente sobre personas de un mismo sexo, lo que es altamente probable, en virtud de los prejuicios culturales existentes.

El argumento en contra del sistema de listas cerradas y bloqueadas está en la eventual pugna con la libertad del sufragio, elemento que no fue incorporado en el artículo 62 de la Constitución ecuatoriana;<sup>124</sup> no

---

123 Mark Jones. “Leyes de Cuotas y Listas de Partido: Evaluación del impacto de las listas cerradas Vs. Listas abiertas” en Marcela Ríos Tobar, *Mujer y Política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, Santiago, FLACSO / IDEA Internacional / Catalonia, 2009 p. 76.

124 Constitución de la República del Ecuador, artículo 62.- “Las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente...”

obstante, al ser la libertad una de las condiciones indispensables para el pleno ejercicio de cualquier derecho subjetivo, se lo puede inferir de disposiciones como el artículo 1, número 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya parte pertinente evidencia la obligación de los estados suscriptores a “...garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.”

Así, el artículo 25, letra b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:... b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.” Concordantemente, el artículo 23 de la Carta Democrática Interamericana establece que una verdadera democracia, solamente puede darse bajo condiciones de libertad, en todas sus dimensiones y escenarios.

Cabe aclarar que aún cuando el voto preferente es armónico con el principio de libertad de sufragio, en términos institucionales, reduce niveles de disciplina partidista y confronta a candidatas y candidatos de una misma tienda política, convirtiéndolos en competencia directa; por el contrario, en listas cerradas y bloqueadas, el éxito individual depende de la mayor cantidad de escaños alcanzado por el partido, por lo que se incentiva la cooperación.

La posibilidad de acceder a un número considerable de escaños por parte de una organización política es un incentivo para actuar en contra de las aspiraciones de sus compañeras y compañeros; pese a ello, los resultados verificados en diferentes sistemas, no son análogos. En efecto, en Perú el éxito femenino electoral aumentó con la vigencia de sistemas de lista abierta, en tanto que en República Dominicana decreció.<sup>125</sup>

En sistemas bipartidistas, la relación cincuenta-cincuenta se atenúa, aunque de manera casi imperceptible. Las pequeñas variaciones que se

---

125 Kristen Sample, “Perú, 2006. Un caso exitoso de cuotas con voto preferencial”, disponible en: <http://www.jce.do/resultados/Ponencias/EstadosUnidos/KristenSample/tabid/203/Default.aspx>. (fecha de consulta: 23-12-2012).

esperan, se derivan del número par o impar de candidaturas que integran una lista. En caso de conformación impar, el análisis considerará el sexo de la persona que encabeza la lista toda vez que este será predominante.

Esta variable se interrelaciona con otras, cuya influencia directa será analizada en su momento. Por ahora basta decir que si la circunscripción es grande, el sexo de la persona que encabece la lista tiene la posibilidad de obtener un escaño adicional; lo que en términos cuantitativos no adquiere mayor relevancia si se trata de sistemas en los que existen dos o hasta tres organizaciones políticas con aspiraciones de repartirse las curules; no obstante, en circunscripciones pequeñas, en las que se distribuyen tres o hasta cinco escaños, la diferencia porcentual de un escaño es relevante, si en la integración del cuerpo colegiado confluyen un número importante de circunscripciones pequeñas que, en términos globales marquen diferencias significativas.

En Ecuador, pese a que las listas son presentadas de manera paritaria y secuencial, en las elecciones generales de 2009 hubo un total de 14 388 candidatas y 19 243 candidatos; de los cuales, el 23, 3% de escaños repartidos fueron alcanzados por mujeres, frente al 76,7% que correspondieron a hombres,<sup>126</sup> lo que puede explicarse, en parte, por la presencia de quince organizaciones políticas, entre movimientos, partidos y alianzas, que presentaron candidaturas legislativas en las elecciones de 2009.<sup>127</sup>

En sistemas multipartidistas extremos en los que compiten más de diez organizaciones políticas, de acuerdo con la cantidad de escaños disponibles, el método de repartición proporcional se presenta como un incentivo para la proliferación de organizaciones políticas de mínima magnitud, ante la posibilidad real de acceder, al menos a un escaño, con alcanzar una reducida votación.

En términos sistémicos, la proliferación de organizaciones políticas

---

126 Datos proporcionados por el Consejo Nacional Electoral. Ver: Cynthia Ferreira Salazar u otras. *Mujeres y Hombres del Ecuador en cifras III*, op cit. p. 117.

127 Misión de Observación Electoral de la Unión Europea, *Informe Final: Elecciones Presidenciales y para la asamblea Nacional, 26 de abril de 2009*, Unión Europea, junio 2009, p. 43, versión electrónica de libre acceso, disponible en: [aceproject.org/.../ecuador-informe-final-elecciones-pr...](http://aceproject.org/.../ecuador-informe-final-elecciones-pr...) (fecha de consulta: 25-sep-2013).



pequeñas producen “...la progresiva desaparición de las orientaciones, programas y contextos enraizados a largo plazo, los intereses, los *issues* políticos y los apoyos electorales están ahora más fragmentados, la representación es más personalista y resulta más difícil establecer lealtades estructurales...”.<sup>128</sup>

Por ejemplo, en México coexisten siete partidos políticos de alcance nacional<sup>129</sup> y en la forma de elección es en base a listas abiertas. La representación femenina de este país alcanza el 28.1%; en tanto que en Perú, con igual sistema de listas abiertas, coexisten diez partidos escasamente institucionalizados, y presenta una representación femenina equivalente al 21%. Por el contrario, Nicaragua con un sistema de partidos de cinco organizaciones competidoras, con un sistema de listas cerradas y bloqueadas; aún sin contar con una ley de cuotas, alcanzó una representación femenina del 42%.

Si las organizaciones políticas de menor magnitud, en su mayoría estuvieren encabezadas por varones, como en efecto ocurrió en las elecciones parlamentarias de 2013 en Ecuador, y se mantuvieron las actuales condiciones normativas, en las que la publicidad electoral, en medios de comunicación masiva (televisión, radio, prensa escrita y vallas publicitarias) se realiza con financiamiento público y el fondo de campaña se distribuye por lista y no por candidatura; el comportamiento que se espera por parte de la organización política es que los *spots* promuevan a sus “candidaturas estelares” que generalmente corresponde a quien encabeza la lista; y conforme se dijo, éstas generalmente son encabezadas por hombres.

La referencia empírica con que se cuenta, demuestra que las electoras y electores suelen estar motivados a votar a favor de las primeras personas que aparecen en las listas toda vez que; por efectos visuales y porque suelen ser las personas más populares o con quien el electorado mayormente se identifica. De ahí que, si tomamos en cuenta que la publicidad electoral se centra en estas personas, porque no tiene

---

128 Hans-Jürgen Puhle. “Crisis y cambios de los partidos Catch All”, en José Ramón Montero y otros, *Partidos políticos*, Madrid, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2007, p. 97.

129 Partido Acción Nacional, Nueva Alianza, Movimiento Ciudadano, Partido, Revolucionario Institucional, Partido de la Revolución Democrática, Partido del Trabajo, Verde Ecologista de México. Fuente: [www.eleccion2012mexico.com](http://www.eleccion2012mexico.com).

mayor sentido gastar el fondo de promoción electoral en personas que, por encontrarse al final de la lista, tienen remotas posibilidades de alcanzar un escaño; y que en nuestra sociedad persisten prejuicios culturales y sexistas, bajo condiciones de voto preferente, las posibilidades de éxito electoral femenino se reducen drásticamente.

El voto preferente permite asignar escaños a las candidatas y los candidatos más votados, sin importar su ubicación en la lista; es decir, sin importar el respaldo obtenido de las afiliadas, afiliados o adherentes permanentes en las elecciones primarias; lo que repercute desfavorablemente en la participación de la mujer, fomenta la indisciplina partidista y disminuye el impacto de la ley de cuotas.<sup>130</sup>

Un sistema multipartidista extremo, mezclado con un método de distribución proporcional de escaños, implica un alto grado de fraccionamiento dentro del cuerpo colegiado cuya conformación es resultante de las elecciones, lo que dificulta la consolidación de alianzas permanentes y fuertes, en detrimento de la gobernabilidad.

Desde el enfoque de género que es el que inspira a este trabajo, el multipartidismo extremo o atomizado no favorece electoralmente a la mujer, salvo que ellas encabecen las listas; no obstante, la política ecuatoriana sigue girando alrededor de liderazgos caudillistas, generalmente masculinos que reproducen estructuras androcéntricas en la esfera institucional del estado.

Sin perjuicio de ello, podría influirse en el número de organizaciones políticas participantes si se establece legislativamente un sistema de barreras legales que impidan que partidos o movimientos muy pequeños alcancen curules. La barrera legal consiste en establecer un porcentaje mínimo de votos requeridos por la organización política para poder acceder a la repartición de escaños.

---

130 “La mera existencia de una normativa legal no asegura la consecución de sus objetivos. Diversos autores han señalado que para que las cuotas tengan un efecto positivo se deben cumplir con ciertos requisitos mínimos que otorguen mayores garantías para su eficacia y que éstas estén enmarcadas en contextos institucionales favorables...” Marcela Ríos, Daniela Hormazabal y Maggy Cook. “El efecto de las leyes de cuota en la representación de las mujeres en América Latina” en Marcela Ríos Tobar Edit., *Mujer y Política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, Santiago de Chile, FLCSO, 2008, p. 226.

Las barreras legales se pueden diferenciar de acuerdo al área de utilización y a su altura. Pueden referirse a todo el territorio nacional, a agrupaciones de circunscripciones electorales o a circunscripciones individuales. Además pueden ser aplicadas en la primera o en la segunda fase de la conversión de votos a escaños. Y, finalmente pueden variar mucho en su altura. En la práctica existen barreras legales de 1%, hasta 5% a nivel nacional, y de hasta 12,5% a nivel de la circunscripción.<sup>131</sup>

Lo importante del umbral o barrera legal es que, al establecer un porcentaje mínimo de votación para participar en la repartición de escaños, se desalienta la participación de partidos pequeños, por la dificultad de superar la barrera legal; por el contrario, fomenta las alianzas entre estos grupos, lo que reduce el número de partidos participantes.<sup>132</sup>

Por otro lado, el umbral produce como efecto que los escaños sean repartidos entre un menor número de organizaciones políticas. En este caso, el debate se centraría en el porcentaje de votos requerido para ingresar a la fase de repartición de escaños; a fin de alcanzar un multipartidismo manejable, pero que a la vez, no sea un impedimento para la participación política ciudadana.

Así, el número de organizaciones políticas que compiten dentro de un sistema de partidos constituye una variable que, en combinación con otras, influye, en el éxito electoral de las mujeres y puede ser utilizada por el poder, a fin de producir efectos y consecuencias más coherentes con el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres para acceder a cargos y funciones públicas.

## 2.2 Método de realización de las elecciones primarias

Dentro de una democracia representativa, los partidos y movimientos son

---

131 Dieter Nohlen, *Gramática de los Sistemas Electorales*, Quito, Instituto de la Democracia, 2012, p. 15.

132 Xavier Torrens propone una diferencia conceptual entre barrera legal y umbral electoral; al decir: "... no debe confundirse la barrera legal con el umbral electoral. Este último no tiene carácter jurídico, sino exclusivamente político. El umbral electoral consiste en el apoyo mínimo de votos que un partido necesita obtener en las elecciones concretas para verse representado, con independencia de cual sea la barrera legal. Equivale al número de votos necesario para obtener un primer escaño en unas determinadas elecciones." Xavier Torrens. "Los Sistemas Electorales" en Miquel Caminal Badia, Edit., *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 2005, p.385.

los actores políticos más importantes porque actúan como el mecanismo que tiene la sociedad civil para acceder a cargos de elección popular y llevar adelante programas de gobierno conforme a su ideología y manera de entender el progreso.

Según autores como Vallès y Bosh, las elecciones cumplen tres funciones principales: la producción de representación, la producción de gobierno y la producción de legitimidad.<sup>133</sup> Antes de proseguir con este análisis, cabe advertir que el análisis que se realizará respecto de esta variable, solamente es aplicable a un sistema que establezca el monopolio de partidos y movimientos para la presentación de candidaturas; es decir, donde no sea admisible la presentación de candidatas o candidatos independientes, conforme ocurrió durante la vigencia de la Constitución de 1998.<sup>134</sup>

En lo que respecta a la forma de votación para elecciones pluripersonales, la evidencia empírica que dispongo, demuestra que los sistemas de listas cerradas y bloqueadas son más favorables para garantizar una mayor incorporación de las mujeres o grupos tradicionalmente marginados a cuerpos colegiados, como las cámaras bajas del poder legislativo. “El tipo de lista partidaria (cerrada o abierta) conlleva importantes consecuencias para la efectividad de una ley de cuotas. Cuando las listas partidarias son cerradas, los partidos políticos presentan una lista jerarquizada de candidatos...”<sup>135</sup>

Conceptualmente, identificaremos a las listas abiertas como aquellas en las que la electora o elector tiene la posibilidad de sufragar por candidaturas de diferentes partidos o movimientos políticos. En contraposición, las listas cerradas son aquellas en las que la electora o elector solamente puede votar por una sola lista. Por su parte, las listas bloqueadas son aquellas en las que la electora o elector no puede alterar el orden establecido por la organización política, por lo que, podría entrega a

---

133 Josep M. Vallès, Agustí Bosch. *Sistemas Electorales y Gobierno Representativo*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 16-29.

134 Constitución Política de la República (1998), artículo 98, inciso segundo: “Podrán también presentarse como candidatos los ciudadanos no afiliados ni auspiciados por partidos Políticos”.

135 Mark Jones, “Leyes de Cuotas y Listas de Partido: Evaluación del impacto de las listas cerradas Vs. Listas abiertas” *op. cit.*, p. 204.

una sola lista todas las fracciones de voto si este fuese su deseo.

En Ecuador existe la obligación de postular como candidatas a personas que hubieren resultado ganadoras en procesos de elecciones primarias. Bajo este contexto, adquiere mayor relevancia el carácter bloqueado de las listas por ser consecuente con el origen democrático de las candidaturas postuladas.

Al respecto, el inciso final del artículo 164 de la Ley Orgánica Electoral, reformado por el artículo 19 de Ley No. 00<sup>136</sup> establece que “Los escaños alcanzados por las listas serán asignados a los candidatos más votados de cada lista”; es decir, se trata de listas no bloqueadas.

En elecciones pluripersonales, bajo un sistema de listas abiertas, el tipo de publicidad electoral y la fuente de financiamiento de la campaña son de suma influencia por cuanto difunde la imagen y propuestas de ciertos candidatos, en desmedro de otros. En el caso de elecciones locales, el impacto de la publicidad mediática es menor puesto que tiene mayor influencia la trayectoria de la candidata o candidato dada la cercanía que existe entre éste y el cuerpo electoral; no obstante, los montos previstos para el gasto electoral (financiamiento privado de la campaña) puede perjudicar la promoción de las candidatas, dada la situación política y económica de desventaja que les afecta.<sup>137</sup>

En este sentido, resulta evidente que, en este contexto institucional y social, los hombres tenemos mayores oportunidades competitivas en el ámbito electoral por cuanto somos signatarios del rol social cercano al trabajador ideal, para lo cual solemos contar con el apoyo de la mujer en el hogar, lo que nos permite acceder, con mayor facilidad, a la realización de actividades mayormente lucrativas y de establecer relaciones personales estratégicas con personas que pudiesen colaborar en el financiamiento de la campaña propagandística.

---

136 Registro Oficial, Suplemento, No. 634, de 6 de febrero de 2012.

137 Según datos proporcionados por el Consejo Nacional Electoral, pese a la exigibilidad de conformar listas de forma paritaria, secuencial y alternada entre mujeres y hombre, en las elecciones de 2013, de las 1442 candidaturas principales pluripersonales, 771 (53,5%) corresponden a hombres y 671 (46,5%). En cuanto a candidaturas pluripersonales como suplentes, 778 (52,9%) corresponden a mujeres, en tanto que 693 (47,1%) a hombres; es decir que, pese a la existencia de una cuota del 50% aún persiste la tendencia a que las organizaciones políticas a otorgar a hombres puestos de mayor trascendencia dentro del sistema. Fuente: Consejo Nacional Electoral, *Indicadores de Género: Autoridades Electas y sufragantes*, Quito, 2013, p. 4.

Por la posibilidad de contar con mayores recursos económicos y más tiempo disponible, los hombres podemos insertarnos con mayor facilidad a la actividad política y promocionar nuestros nombres en los diferentes medios de comunicación, con anticipación al periodo de campaña electoral, el mismo que, de conformidad con el artículo 202 del Código de la Democracia no podrá exceder de cuarenta y cinco días.

Todo esto repercute en que, al momento de realizar las elecciones primarias,<sup>138</sup> los hombres participemos con ventaja y mejores expectativas de contar con el beneplácito de la dirigencia partidista; aún más si consideramos que, de conformidad con el artículo 348, número 3 del Código de la Democracia es factible que el estatuto de la organización política organice elecciones representativas, en el que elige una élite partidista, que no necesariamente coincide con la conformación paritaria de su cuerpo directivo.

En este caso, el sistema permite actuaciones discrecionales para que las élites de partidos y movimientos políticos elijan el modo de designación de quienes efectivamente ejercerán el voto representativo, lo que condiciona el resultado, de acuerdo a los prejuicios políticos y culturales que cada representante.

Si esta hipótesis fuese aceptada como cierta, el elector estará conminado a sufragar en beneficio de candidaturas masculinas, y puesto que la elección se da en base a listas abiertas y no desbloqueadas, poco efecto tendrá el sistema de paridad.<sup>139</sup> Este sistema favorece a candidaturas personalistas, en desmedro de la institucionalización de del sistema de partidos porque fomenta la volatilidad electoral y deja en pocas manos,

---

138 “Cuando se quiere medir los niveles de democracia interna resulta imprescindible observar la manera en que la agrupación toma decisiones, así como establecer la calidad de ese proceso. Por ello, una serie de características deberían estar presentes para definir en qué medida es democrática o no la organización (y los procedimientos que emplea). Primero, la existencia de *competencia*, ya sea de candidatos, de propuestas o de posturas. Segundo, la *competitividad*, esto es una propiedad o atributo de la competencia que da cuenta del grado de rivalidad entre al menos dos posiciones. Tercero, cierta dosis de *incertidumbre*, sin la cual resulta muy complicado determinar cuán reñido puede ser un proceso de toma de decisiones.” Flavia Freidenberg. “¿qué es la democracia interna?”, en José Reynoso Núñez y otro Coord., *La Democracia en su Contexto*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 287.

139 Francia fue el primer país en reformar su Constitución en 1999 para posibilitar la paridad de género entre hombres y mujeres en la conformación de listas para elecciones pluripersonales. Françoise Gaspard “Lecciones de las leyes electorales relativas a la paridad en Francia”, disponible en: <http://www.iadb.org/sds/doc/FGaspardSpanish.pdf28> (fecha de consulta: 04-01-2013).

en las de los representantes, la capacidad de manipular la designación de candidaturas.

Por otra parte, la apertura del sistema hacia propuestas populistas repercute en la disminución del rol de los partidos y aumenta el poder de incidencia de los grupos de presión, capaces de cooptar liderazgos emergentes, favorecidos por su mayor cohesión por defender causas monotemáticas y el vacío de poder dejado por la crisis que viven los partidos. Todo esto alienta la posibilidad de impulsar candidaturas caudillistas y crear gobiernos desde este tipo de organización ciudadana.

El mayor protagonismo de líderes carismáticos implica mayor volatilidad y ésta, mayores niveles de indisciplina partidista<sup>140</sup>, lo que fomenta un multipartidismo extremo, obstaculiza la creación de coaliciones estables, desinstitucionaliza a los partidos profundizando su crisis, regresando así al principio de este círculo vicioso.<sup>141</sup> La alta volatilidad impide contar con un electorado cautivo que se identifique con algún tipo de postulados ideológicos y permita una cierta estabilidad que fomente la cooperación en la consecución de intereses partidistas, por sobre los personales.

La fabricación de liderazgos caudillistas es un proceso que no se agota con el proceso electoral, se trata de un proyecto a mediano plazo; de ahí que, si las condiciones sociales de género siguen siendo excluyentes, la construcción de este tipo de liderazgos será más eficiente si se lo realiza alrededor de alguien que cuente con los recursos necesarios, la independencia laboral y el tiempo necesario para atender los requerimientos de su organización política, características que son mucho más comunes entre hombres que entre mujeres.

Por otra parte, la indisciplina partidista hace difícil mantener una gestión legislativa, o de gobierno consistente. El desgaste natural que

---

140 La disciplina partidista, se relaciona con el grado de articulación que existe dentro del partido y ésta depende del nivel de institucionalización del mismo. Es decir, se trata de causas conexas e interdependientes que fomentan la estabilidad. Ver: Duverger, Maurice. *Los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 76-78.

141 Para Daniel Chasquetti, los presidencialismos multipartidistas son eficaces para la estabilidad democrática, si tienen capacidad de gobernar en coalición. Daniel Chasquetti, "Democracia, multipartidismo y coaliciones en América Latina: evaluando la 'difícil combinación'", en: *Tipos de Presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Lanzano Jorge (Comp), Buenos Aires, CLACSO/ASDI, 2001, p. 322.

los gobiernos acumulan a lo largo de sus períodos; sobre todo, si se ven obligados a adoptar decisiones impopulares, que actúen como incentivos para que sus compañeras y compañeros de partido, se alejen del gobierno, y de alguna manera, les resulte políticamente rentable el boicotear sus iniciativas, retirar su apoyo a propuestas legislativas del partido o desafiliarse, a fin de construir una imagen de independencia, que pueda ser útil para las siguientes contiendas electorales.

El marcar distancias con el gobierno de turno, a fin de buscar mejores expectativas electorales a mediano plazo, fomenta la creación de partidos pequeños, aglutinados alrededor de caudillos y tiende hacia un multipartidismo extremo. Esta forma centralizada de administrar una organización política hace que el líder imponga su criterio de formas poco democráticas, lo que puede influir en cada uno de estos liderazgos emergentes, el buscar la posibilidad de liderar su propio movimiento político y adquirir mayor influencia en su interior.

La poca institucionalidad de los partidos y movimientos políticos desfavorece la capacidad de *lobby*<sup>142</sup> que puedan tener grupos sociales comprometidos con los derechos de participación de las mujeres<sup>143</sup> y otros sectores tradicionalmente discriminados, toda vez que en una estructura institucionalizada bastaría con llegar a acuerdos con la cúpula partidista para que, en caso de alcanzar los cargos que persiguen, con el apoyo de estos grupos sociales, se incorporen políticas con enfoque de género; por el contrario, en organizaciones poco institucionalizadas o descentralizadas, el impacto de estos movimientos sociales se reduce, en cuanto se requiere de esfuerzos que pueden resultar dispersos y poco efectivos.

En suma, el manejo interno de las organizaciones políticas cuya manifestación fundamental son las elecciones primarias incide, de manera

---

142 El vocablo *lobby* y algunas acepciones derivadas han sido empleadas en sentido muy amplio. *Lobby* es la forma de designar a un sistema de influencias; *lobbyist* sería el sujeto activo de la influencia; y *lobbying* sería pues la actividad desplegada al efecto. En países como los Estados Unidos de América las personas y grupos que se dedican a esta actividad política, deben registrarse, deben presentar declaraciones juramentadas sobre sus actividades y tienen que llevar una contabilidad detallada sobre el origen y el destino de los fondos que utilizan. Ver Mario Justo López. *Manual de Derecho Político*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 182.

143 “Los grupos de interés se caracterizan por ser asociaciones voluntarias que tienen como objeto principal influir sobre el proceso político, defendiendo propuestas que afectan a los intereses de un sector determinado de la comunidad: los trabajadores asalariados, los miembros de una confesión religiosa, los empresarios de la industria química, etc.” Josep M. Vallés. *Ciencia Política: Una introducción*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 332.



determinante, en la participación política de la mujer. Esta influencia se incrementa al conjugar con el ajuste de las demás variables que integran el régimen electoral, de la forma que he intentado describir.

### 2.3 El Tamaño de las Circunscripciones Electorales

Por circunscripción electoral entenderemos al número de escaños que se reparten en una determinada elección. Hago notar que este concepto está desvinculado de la extensión territorial que abarcan los padrones en base a los cuales se elige tal o cual dignidad. Con fundamento en esta variable, se plantea, como hipótesis la siguiente: "...cuantos más representantes se puedan elegir en una circunscripción, más proporcionales tienden a ser sus resultados".<sup>144</sup> Esta hipótesis no puede ser exclusiva de los estudios de género, es aplicable a países en los que existe una brecha histórica de participación política, dadas las condiciones tradicionales de exclusión entre los diferentes sectores sociales.

Bajo esta definición, la circunscripción electoral que elige Presidenta o Presidente, y Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, aún cuando cubre territorialmente a todo el país, es la circunscripción más pequeña, a diferencia de la prevista para elegir asambleístas provinciales en Chimborazo; toda vez que, en la primera se disputa un solo escaño, en tanto que la segunda reparte cuatro curules.

Desde una perspectiva de género, a mayor tamaño de la circunscripción electoral, mayores serán las expectativas de las candidatas para acceder a un escaño, sobre todo si las listas se encuentran integradas de forma paritaria, como es el caso de Ecuador. En circunscripciones muy pequeñas, la expectativa real de un partido de magnitud importante no superaría la de obtener dos escaños, en el que uno de ellos correspondería a una mujer. Por el contrario, los partidos de menor magnitud<sup>145</sup> aspiran

---

144 Sven Wynants, "Las reglas del juego de la democracia española" en Mikel Barreda, Rosa Borge Bravo Coord., *La democracia española: realidades y desafíos: Análisis del sistema político español*, Barcelona, El Cuervo, 2006, p. 91.

145 Más allá de la limitada incidencia que tendrán los partidos de menor magnitud, estas organizaciones políticas, casi en su totalidad, son incapaces de cumplir con los objetivos que la doctrina les ha atribuido a los partidos políticos como sería: a) Socialización y creación de opinión, b) armonización de intereses, c) formación de élites políticas, d) canalización de las peticiones de la de la población hacia los poderes; y, c) el reforzamiento y estabilización del sistema político, por el contrario, lo desestabiliza. Ver: Jordi Matas Dalmasas, "Los Partidos Políticos y los Sistemas de Partidos", en Miquel Caminal Badia, edit., *Manual de Ciencia Política*, op. cit. pp. 346-348.

a un escaño cada uno; caso en el cual, adquiere relevancia el sexo de la persona que encabeza la lista. En caso de que las listas fuesen encabezadas por hombres, cosa que es muy recurrente, la repartición de escaños correspondería a una relación de tres a uno, entre hombres y mujeres.

Desde otro punto de vista, la reducción del tamaño de la circunscripción electoral, produce la reducción del sistema de partidos, en cuanto existe menor cantidad de escaños por repartir. La disminución del número de organizaciones políticas que integran el sistema de partidos, según se explicó, beneficia a la participación femenina; sin embargo, en sociedades heterogéneas como la ecuatoriana, es difícil que esto ocurra.

Como se verá, el impacto de esta variable, al igual que la de todas las anteriores, solo puede medirse en su rol sistémico, en cuanto fuere entrecruzada por las otras variables que hemos desarrollado en este trabajo. Para autores como Juan Hernández Bravo, "...el efecto producido por la magnitud de la circunscripción es tan decisivo que convierte en secundario a cualquier otro..."<sup>146</sup>

La gran influencia en los resultados electorales, derivados de la delimitación de circunscripciones electorales, ha motivado a una manipulación fraudulenta por ciertos grupos políticos, a nivel mundial. Este fenómeno es conocido como *gerrymandering* consiste en "...manipular las fronteras geográficas de los distritos legislativos para dar ventajas a facciones o partidos."<sup>147</sup>

La utilización fraudulenta de esta variable, con intención de beneficiar a cierto grupo político, puede partir de cálculos como el siguiente. Si el partido al que se quiere beneficiar con la delimitación de nuevas circunscripciones electorales es electoralmente fuerte al sur de una provincia populosa, pero débil al norte de la misma; se puede optar por conformar una circunscripción pequeña en el sur, que garantice un éxito rotundo en ese sector y dos circunscripciones más grandes en el

---

146 Juan Hernández Bravo, "Los Sistemas Electorales", en Rafael del Águila Edit., *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, Cuarta Edición 2005, p. 373.

147 Bárbara A. Driscoll, Silvia Núñez García, Julián Castro Rea, "*Los Procesos Electorales en América Del Norte en 1994*" México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, 2000, p. 130.

norte, de tal forma que el territorio en el que la votación del partido al que se beneficia es débil, dada la repartición proporcional de escaños, se pueda aspirar a uno o dos escaños que sumados a los ya obtenidos en la circunscripción del sur, maximice su representación política.

En el caso de sistemas de listas abiertas y no bloqueadas, el tamaño de la circunscripción, al igual que la conformación paritaria y secuencial de la lista tendrá un impacto reducido, si el voto preferente está influenciado por el tipo de promoción publicitaria que se le dé a sus candidaturas, dentro de sus propias organizaciones políticas ya que el voto preferente, deja de lado criterios ideológicos y le dan mayor vigor a elementos personalistas como la popularidad, el carisma o el marketing político; de ahí que, aún con circunscripciones grandes, en las que se eligen más de diez candidatas o candidatos, el impacto de esta variable se incrementa positivamente en términos de participación femenina, si se lo combina con listas cerradas y bloqueadas, combinada con una integración paritaria y secuencial entre hombres y mujeres.

Para autoras como Lina Bareiro e Isabel Torres “el importante aporte ecuatoriano radica justamente en que determina un horizonte igualitario, ya no el temporal para acelerar la igualdad *de facto* previsto en el artículo 4 de la CEDAW. Sin embargo su sistema de candidaturas en listas abiertas, hace que las cuotas sean de entrada a las elecciones, pero no de resultado.”<sup>148</sup>

En el caso ecuatoriano, de conformidad con el artículo 118, número 2 de la Constitución de la República, el número de representantes parlamentarios, por provincia, se establece de la siguiente manera: “dos asambleístas elegidos por cada provincia, y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los ciento cincuenta mil, de acuerdo al último censo nacional de la población.” Con esto, la Constitución ecuatoriana combina el criterio territorial, con el poblacional para establecer una representación proporcional en la Asamblea.

Adicionalmente, el artículo 63 de la Constitución de la República

---

148 Lina Bareiro e Isabel Torres. “Participación política igualitaria de las mujeres” en José Reynoso Núñez y otro Coord., *La Democracia en su Contexto*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 234.

establece que las ecuatorianas y ecuatorianos que residen en el exterior tienen derecho a elegir dignidades correspondientes a la circunscripción nacional y a circunscripciones especiales del exterior. Por su parte, la Ley Orgánica Electoral, en su artículo 150, número 3 prevé que en la Asamblea Nacional actuarán seis representantes de las circunscripciones especiales del exterior, distribuidos de la siguiente manera: dos por Europa, Oceanía y Asia, dos por Canadá y Estados Unidos y dos por Latinoamérica, el Caribe y África.

En el caso de estas circunscripciones especiales, en las elecciones parlamentarias de 2013, la totalidad de curules fueron adjudicados al movimiento oficialista Alianza País,<sup>149</sup> por lo que la integración paritaria de las listas cumplió sus objetivos cuantitativos, al compartir el éxito electoral entre hombres y a mujeres.

En casos como estos, en los que la competencia es ciertamente desigual ya que las políticas migratorias y el manejo de las relaciones exteriores corresponden al Ejecutivo y como tal, hay un mayor contacto entre el gobierno y su partido, con las electoras y electores, a diferencia de las demás organizaciones políticas que poca o ninguna presencia tienen en estos sitios, produce que para el estudio de este comportamiento electoral sea más relevante la variable relacionada con la magnitud del partido, que el tamaño de la circunscripción. No obstante, en situaciones de competencia igualitaria, el peso de estas dos variables tiende a equilibrarse y a arrojar resultados más moderados.

Pese a ello, y con el objeto de establecer un mayor vínculo entre el cuerpo electoral y el o la representante, durante el desarrollo de las elecciones parlamentarias de 17 de febrero de 2013, las circunscripciones más grandes, dada la densidad poblacional, fueron divididas de la siguiente manera: en el caso de Pichincha que elige a trece representantes, fue dividida en tres circunscripciones; Guayas que elige a veinte representantes, fue dividida en cuatro circunscripciones y; finalmente, Manabí que elige a 9 asambleístas, fue dividida en dos circunscripciones electorales.

Desde el punto de vista comparativo, entre las elecciones

---

149

<http://www.asambleanacional.gov.ec/asambleistas-por-orden-alfabetico.html> (fecha de consulta: 27-06-2013).

parlamentarias del 2009 y las del 2013, la disminución del tamaño de las circunscripciones más grandes no produjo una variación sustancial en el éxito electoral de las mujeres.<sup>150</sup> No obstante, estos datos no desvirtúan la tesis sostenida, ya que el verdadero impacto de esta variable, se ve atenuada por la altísima representación que logró Alianza País. En el caso en concreto, la conformación paritaria y secuencial de las listas, junto con el amplísimo éxito de un movimiento político hizo que predomine el criterio de paridad y el de arrastre presidencial,<sup>151</sup> por sobre el encabezamiento de la lista y el tamaño de la circunscripción; no obstante, bajo condiciones de mayor competitividad electoral, los resultados pueden sufrir una variación más importante.

#### **2.4. Magnitud de los partidos y movimientos políticos**

La magnitud de una organización política, entendiendo por tal, su mayor o menor influencia en el sistema de partidos; y como tal, su posibilidad real de acceder a un determinado número de escaños, de manera más o menos estable, durante varias elecciones pluripersonales sucesivas. Desde este punto de vista, en sistemas de volatilidad electoral moderada, el partido que mayor cantidad de escaños alcanza de manera estable en más de tres elecciones pluripersonales seguidas es considerado de mayor magnitud a aquellas organizaciones políticas que no alcanzan curules, lo hacen en un número muy pequeño o tienen resultados tan dispares entre elección y elección que demostraría el no contar con un electorado cautivo que le respalde.

Desde una perspectiva de género, la magnitud de una organización política, por sí sola, puede favorecer al éxito electoral de la mujer, cuando existe una conformación paritaria de las listas.

---

150 En Pichincha, en el año 2013 se eligieron 6 parlamentarias, frente a tres escaños alcanzados en las elecciones anteriores. En la provincia del Guayas, en las elecciones de 2013 resultaron electas nueve de veintiún asambleístas; en tanto que en el 2009, se eligieron ocho de dieciséis. Fuente: Resultados de Asambleístas Provinciales, elecciones 2009, Boletín de Prensa 093, [www.participacionciudadana.org](http://www.participacionciudadana.org); y, Ecuador.politicaenelmundo.com, Resultados Finales de Asambleístas Nacionales y Provinciales 2013 <http://ecuador.politicaenelmundo.com/resultados-asambleistas-electos>.

151 Cabe señalar que el porcentaje de la votación alcanzada por los candidatos a la Presidencia de la República, guarda una importante relación a las curules alcanzadas en la Asamblea Legislativa por las correspondientes organizaciones políticas.

La posibilidad para un partido de alcanzar un número importante de escaños y la obligación de repartirlos entre candidatas y candidatos, dada la conformación paritaria y alternada de la lista, reduce el impacto del encabezamiento de lista y permite que mayor cantidad de mujeres alcancen representación. Así, en las elecciones parlamentarias de 2013, en las que la presencia de Alianza País alcanzó 100 curules, de las cuales 48 son ejercidas por mujeres, lo que se explica por la forma paritaria y secuencial de las listas. Comparativamente, las demás organizaciones políticas que participaron en las elecciones de 2013, en conjunto, alcanzaron 33 escaños, de los cuales 27 fueron adjudicados a hombres, lo que demuestra la importancia de la variable de magnitud de la organización política para nuestro estudio.

La mayor magnitud del partido, en sistemas de listas paritarias y secuenciales se potenciaría aún más el acceso de la mujer a cuerpos colegiados si se les combina con un sistema de listas cerradas y bloqueadas. De hecho, ante la presencia central de una organización política como Alianza País, cuyo nicho de votación parece consolidarse, otorgándole la posición de partido dominante; bajo condiciones normales, esta importante magnitud alcanzada produce el aglutinamiento de las fuerzas políticas de oposición a fin de poder hacerle frente, lo que traslada al sistema de partidos hacia un bipartidismo, como parece ser la perspectiva venezolana.<sup>152</sup>

Bajo estos parámetros podemos establecer la siguiente relación causal: a mayor magnitud alcanzada por un partido, mayores son las posibilidades de incorporación de la mujer a los cuerpos colegiados de relevancia política; pero también, se debe considerar que la mayor magnitud de una organización política, implica mayor influencia de la élite partidista en escoger candidaturas, lo que nos remite nuevamente al análisis de las estructuras culturales y mentales de las personas que ejercen efectivamente la dirigencia partidista. Para Pablo Oñate “...siempre que hablemos de organización, hablamos de oligarquía. Paulatinamente, la élite dirigente iría controlando la actuación del partido, dejando en un segundo

---

152 Cuando hablamos de bipartidismo, no nos referimos a un sistema en que solamente compiten dos organizaciones políticas; nos referimos a un sistema de partidos en el que dos organizaciones políticas, sean éstos producto de alianzas, coaliciones o actúen por sí mismas, tienen posibilidades reales de ser gobierno o establecer una representación importante en un cuerpo colegiado. Por tanto, en un sistema bipartidista como el de los Estados Unidos de Norteamérica existen una infinidad de partidos políticos; no obstante, solamente el partido Republicano y el partido Demócrata cuentan con posibilidades reales de llegar a la Casa Blanca y alcanzar una mayoría en sus cámaras legislativas.

plano tanto el papel de los militantes como el de los parlamentarios”.<sup>153</sup>

Por el contrario, en sistemas multipartidistas, con organizaciones de poca magnitud, la expectativa de cada partido se limita a conquistar uno, hasta tres escaños. Bajo esta situación, si se llega a establecer que las listas son lideradas generalmente por hombres; en caso acceder a tres escaños, dos corresponderán a hombres; si este patrón se repite entre varios partidos, el desequilibrio de género en el cuerpo colegiado será cada vez más notorio.

Asimismo, un sistema de partidos con magnitud baja, presentará altos índices de volatilidad, lo que amenaza a la institucionalidad de los partidos, llevándolos a su extinción. Para evitar su exclusión del Registro de Organizaciones Políticas, se ven llamados a aglutinarse alrededor de liderazgos personalistas, lo que no quiere decir necesariamente la reducción del sistema de partidos toda vez que, conforme también se lo dijo, el liderazgo caudillista hace que los liderazgos de los partidos que fenecen, se aglutinados alrededor de su persona y, con otro nombre, regresen a la palestra electoral.<sup>154</sup>

Por otra parte, la magnitud del partido, en sistemas con alta volatilidad, puede condicionarse por el *arrastre* que tenga su líder, generalmente candidata o candidato a la Presidencia de la República. Esto ocurre toda vez que el líder tiene la oportunidad de administrar su imagen, sus posibilidades y su organización política como si se tratase de su propia empresa.<sup>155</sup>

Por ejemplo, la posibilidad de reelección inmediata que tiene la Presidencia y Vicepresidencia de la República, de conformidad con el

---

153 Pablo Oñate, “Los Partidos Políticos” en Rafael del Águila Edit. *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, Cuarta Edición, 2005, p. 257.

154 Por citar unos ejemplos, durante las elecciones generales de 2013, el Movimiento Creando Oportunidades, CREO alcanzó 2 escaños para Asambleístas Nacionales. Mae Montaña, ex militante del Movimiento UNO y Patricio Donoso, ex militante del Partido Social Cristiano. En el ámbito provincial, el mismo movimiento alcanzó un escaño a asambleista por la provincia de Pichincha con Andrés Páez, ex militante y dirigente del extinto Partido Izquierda Democrática; en Tungurahua con Luis Fernando Torres, ex militante del Partido Social Cristiano y el Movimiento Madera de Guerrero, facción del primero.

155 Josep M. Vallès caracteriza al “partido empresa” a “...una organización específicamente creada para promover el apoyo a un candidato. Sin necesidad de afiliación permanente, articula agencias de marketing y publicidad, emisoras de televisión y prensa y redes comerciales basadas en servicios de profesionales.” Josep M. Vallès. *Ciencia Política: Una introducción*, op cit. p. 349.

artículo 114 de la Constitución de la República,<sup>156</sup> sobre todo cuando las elecciones presidenciales y parlamentarias se realizaren en primera vuelta, como es el caso de Ecuador, la popularidad de la figura del candidato o candidata a la Presidencia determinará, en buena medida, las curules a las que el partido oficialista accederá.

Las elecciones generales de 2013 en Ecuador son una clara muestra de cómo el alto porcentaje de votación alcanzado por el Presidente Rafael Correa, candidato a la reelección, tiene cierta equivalencia con los escaños alcanzados por Alianza País en la Asamblea Nacional.

La experiencia en América Latina demuestra que las candidaturas presidenciales que han aspirado a la reelección compiten con ventaja, en relación a sus opositores. Revisados los resultados generados por algunos países latinoamericanos que permiten la reelección presidencial, se observa que en diez oportunidades la reelección ha sido alcanzada, frente a cinco oportunidades en las que esto no ocurrió.

De las diez veces que resultó ganador el candidato a la reelección, siete de ellas se produjeron cuando el candidato Presidente se encontraba en funciones,<sup>157</sup> mientras que en el único caso del ex presidente Hipólito Mejía de República Dominicana, la reelección inmediata no se produjo.<sup>158</sup> También podría citarse como fracaso electoral el plebiscito de Augusto Pinochet, en el que buscó sin éxito su legitimación democrática.

Por otra parte, mientras más grande es el partido político, en términos de éxito electoral, mayor es la necesidad de desconcentrar sus órganos directivos, lo que puede resultar poco beneficioso para organizaciones que promueven los derechos de las mujeres. La capacidad de *lobby* de grupos feministas podría tener mayor impacto, cuando acceden a cúpulas de partidos altamente centralizados, que permitan establecer acuerdos de mutua cooperación, no solo desde la postulación de mujeres

---

156 “las autoridades de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo...”.

157 Nos referimos a Fernando Enrique Cardoso en Brasil, Álvaro Uribe en Colombia; Hugo Chávez en Venezuela, Oscar Arias en Costa Rica, Daniel Ortega en Nicaragua, Evo Morales en Bolivia y Rafael Correa en Ecuador.

158 José Ángel Aquino, “Reelección presidencial y equidad en las campañas electorales” en Construyendo las condiciones de Equidad en los procesos Electorales, San José, Centro de Estudios y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH/CAPEL), Serie de Cuadernos de CAPEL, No. 57, 2012, pp. 255-262.



con posibilidades reales de triunfo, con ubicación estelar en las listas, también lo es desde el punto de vista de la incorporación del enfoque de género en la ejecución de políticas públicas.<sup>159</sup>

Por el contrario, cuando los partidos o movimientos políticos están altamente desconcentrados, se obliga a que las organizaciones de mujeres se vean en la necesidad de desplegar mayores esfuerzos, a varios niveles, para conseguir acuerdos parciales con las élites partidistas, lo que disminuye su capacidad de incidencia política, en general. En tal virtud, si bien los partidos de altas magnitudes no son proclives a establecer alianzas porque no las necesitan para participar, ni para gobernar; suelen actuar como incentivo para la conformación de coaliciones de oposición que trasladan al sistema hacia un pluripartidismo moderado, cercano al bipartidismo.

Por otra parte, los sistemas pluripartidistas con organizaciones de mediana magnitud producen un acceso equilibrado de varias fuerzas políticas a la Asamblea Nacional, lo que afecta a la gobernabilidad. Por su parte, la poca gobernabilidad puede frustrar acciones del oficialismo y disminuir la popularidad de la Presidenta o Presidente de la República, cuyo impacto podrá reflejarse en las próximas elecciones, sea que se opte por la reelección o que promueva la figura política de un co-ideario, como fue el caso del Presidente colombiano Juan Manuel Santos, cuya candidatura fue impulsada por su predecesor, Álvaro Uribe, ante la imposibilidad constitucional de optar por su segunda reelección.

Como se dijo, la popularidad del candidato o candidata presidencial tiene una gran capacidad de arrastre, lo que puede beneficiar al partido, como ocurrió en las elecciones generales de 2013 en Ecuador o; por el contrario, puede reducir sus expectativas, dada la poca institucionalización que tienen los partidos aglutinados alrededor de una figura carismática,

---

159 Los grupos de interés que promueven el ejercicio de derechos por parte de mujeres han adquirido un reconocimiento de la Comunidad Internacional; tanto es así que, en la Primera Resolución que corresponde a la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer se adoptó la Declaración y Plataforma de Beijing, cuyo punto vigésimo textualmente expone: “La participación y contribución de todos los participantes de la sociedad civil, en particular de los grupos y redes de mujeres y otras organizaciones no gubernamentales y organizaciones de la comunidad, con el pleno respeto de su autonomía y en cooperación con los gobiernos, son importantes para la aplicación y seguimiento efectivos de la plataforma de Acción.”

cuya decadencia puede sobrevenir aceleradamente.<sup>160</sup>

La poca institucionalización de las organizaciones políticas fomenta un mayor nivel de volatilidad electoral, lo que repercute en prácticas clientelares y hace depender al comportamiento electoral de la popularidad de las y los candidatos, y de la estrategia de *marketing* que se utilice en la campaña, más que de propuestas programáticas; lo que perjudica a las mujeres por cuanto aún se las ve, en política como si estuvieren fuera del espacio propio de sus actividades.

Lo dicho, al igual que en el análisis de las variables anteriormente estudiadas, el verdadero impacto de la magnitud de un partido, con referencia a su mayor o menor desconcentración no puede medirse aisladamente, sino como parte de un sistema en el que interactúa con otras variables, las mismas, que de acuerdo a la relación que existe entre sí, bajo un contexto social y político determinado, van a producir resultados predecibles.

## 2.5. Financiamiento de la campaña electoral

El artículo 115 de la Constitución establece como una obligación del estado el financiar equitativa e igualitariamente la promoción electoral en medios de comunicación (televisión, radio y prensa escrita) y vallas publicitarias.

De esta forma, los aportes que una organización política utiliza para promover su imagen y propuestas de campaña, se dividen en dos rubros: el primero, que se refiere al financiamiento en medios de difusión masiva que es exclusivamente solventada por el estado, por intermedio del Consejo Nacional Electoral; y el segundo, el gasto electoral propiamente dicho, que abarca las demás formas de publicidad que no se las realiza por medio de los rubros identificados como promoción electoral.

---

160 Para Manuel Alcántara "...si las instituciones importan, los políticos importan más. Cerrando un bucle de casi cuatro décadas, hoy puede sostenerse como entonces, que las élites empujan los cambios de las instituciones como consecuencias de cambios previos que ellas han sufrido en su seno. Los políticos son la variable independiente que, por excelencia, inciden en el mayor nivel de modernización y democratización de la política". Manuel Alcántara Sáez. "Calidad de los Políticos y Calidad de la Política" en José Reynoso Núñez y Herminio Sánchez de la Baquera y Arroyo Comp., *La Democracia en su contexto*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 429.

Por otra parte, para el análisis de esta variable debemos considerar a la denominada *publicidad indirecta*<sup>161</sup> cuyo control está a cargo del Consejo Nacional Electoral; sin perjuicio de las acciones por eventuales infracciones que pudieren plantearse ante el Tribunal Contencioso Electoral.

Para el caso ecuatoriano, la variable del financiamiento de la campaña electoral tiene menos impacto que en otros sistemas, en los que prima el financiamiento privado de la política. Como se expuso en el capítulo anterior, las condiciones sociales y profesionales existentes hacen que sea más complicado para las mujeres acumular cantidades importantes de dinero para solventar una campaña electoral; así como, la posibilidad de acceder a capitales privados, dado el prejuicio según el cual, las mujeres son menos propensas a ser votadas, aunque esto sea una mera especulación.

Cuantitativamente hablando, de las 19 listas que presentaron candidaturas en las elecciones para Diputadas y Diputados en el año 2006, fecha en las que estaba vigente una cuota del 45%, en conjunción con un sistema de atomizado de 19 partidos, bajo condiciones de financiamiento privado de la política; apenas el 14,45% de las listas fueron encabezadas por mujeres.

De este 14,45% de listas lideradas por mujeres, el 52,63% de ellas resultaron electas, lo que desmitifica la creencia según la cual, el electorado prefiere a candidatos varones; en consecuencia, dada la necesidad de garantizar resultados electorales, los partidos políticos excluyen a la mujer del encabezamiento de las listas.

Para las elecciones parlamentarias de 2009,<sup>162</sup> el 15,08% de las

---

161 La Corte Constitucional de Ecuador define a la publicidad indirecta de la siguiente forma: "...la promoción indirecta se refiere, es aquella que, rebasando el ámbito del derecho a la libertad de información, presenta de manera encubierta o engañosa publicidad que tienda a incidir a favor o en contra de un candidato como si se tratara de una información. Bajo esta interpretación, la promoción relacionada con a la promoción indirecta tampoco resulta contraria a la Constitución." Corte Constitucional, Resolución No. 28, Suplemento del Registro Oficial No. 811, de 17 de octubre de 2012, p. 133, párrafo quinto.

162 Según datos proporcionados por Michael Krennerich, Ruanda fue el único país que en el 2009 tuvo un parlamento integrado mayoritariamente por mujeres. De los 80 curules disponibles, 45 fueron ocupado por mujeres. Cabe señalar que Ruanda prevé en su legislación una cuota de género equivalente al 30%. Ver Michael Krennerich. "¡Mujeres al parlamento!" en José Reinoso Núñez *et al* Coord., *La Democracia en su contexto* México, UNAM, 2009, p. 174.

listas fueron encabezadas por mujeres, lo que no demuestra una variación sustancial, pese a que los debates sobre género fueron sustancialmente positivos para plasmar avances importantes en la Constitución, aprobada pocos meses antes. En estas elecciones, de la totalidad de mujeres que encabezaron las listas, el 36,84% alcanzó un escaño.

Sin perjuicio de ello, en el caso ecuatoriano, la variable del financiamiento de las campañas debe ser analizada desde la propaganda indirecta, el gasto electoral y el financiamiento público, a fin de conocer el nivel de equidad o inequidad que existe en la promoción de candidaturas masculinas o femeninas.

En cuanto al financiamiento público de la campaña electoral debe destacarse que el fondo de campaña que el Consejo Nacional Electoral asigna para la promoción de candidaturas pluripersonales se lo hace a la lista y no a la candidatura; de ahí que, se deja en manos de la organización política el administrar estos espacios publicitarios estratégicamente, lo que crea desigualdades entre sus propias candidaturas.

Desde este punto de vista, las organizaciones políticas, conscientes de sus aspiraciones reales, optimizan estos recursos e impulsan al número de candidaturas con posibilidades de alcanzar una curul. De acuerdo con la magnitud del partido, la publicidad se centrará en las primeras personas de las listas o, en partidos de poca magnitud, solamente en quien la encabece. Si el encabezamiento de las listas corresponde en mayor medida a candidaturas masculinas, claramente, el financiamiento público estaría produciendo desequilibrios de género, aún cuando su razón de existir es la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho al sufragio pasivo.

Finalmente, en Ecuador el financiamiento público no consiste solamente en propaganda electoral, también se lo hace por medio del fondo partidario permanente que, de conformidad con el artículo 355 de la Ley Orgánica Electoral, se distribuye de la siguiente manera: “el cincuenta por ciento en partes iguales a cada una de las organizaciones políticas que tengan este derecho; el treinta y cinco por ciento en forma proporcional al número de votos obtenidos por cada una en las últimas elecciones pluripersonales...”

Si bien, esta contribución anual que el estado hace a las organizaciones políticas tiene control por parte de la Contraloría General del Estado, no existe un mecanismo para verificar si efectivamente este dinero está cumpliendo con los objetivos democráticos que lo fundamenta. El fondo partidario permanente tiene como meta promover la formación política de sus afiliadas, afiliados y adherentes permanentes a fin de crear liderazgos que serán los que guiarán las riendas de nuestro país. Existe experiencias de otros países, como México, en los que se verificó una relación equivalente entre la inversión realizada por los partidos en la formación de liderazgos femeninos y los éxitos alcanzados por sus candidatas.

En el caso del Senado, para el año 2006, la representación femenina equivalía al 20,8% y; para el año 2012, la cifra aumentó al 33,5%. En la cámara baja se dieron resultados parecidos. La cámara de diputados en el año 2006 estuvo integrada en un 23,2% por mujeres; para el año 2009, la cifra se elevó al 29% y en 2012 alcanzó el 36,8%.<sup>163</sup>

Pese a ello, los avances que podría traer un eficiente financiamiento público de la política, con enfoque de género, pierden fuerza, en sistemas de listas abiertas y no bloqueadas, conforme ocurrió en Colombia, en las elecciones parlamentarias de 2006, cuando se adoptó un sistema de voto preferente y solo en tres, de los catorce departamentos (Bogotá, Tolima y Cauca) se incrementó de la representación femenina, en comparación con las elecciones de 2002.<sup>164</sup>

La exclusividad del financiamiento público en los medios de comunicación masiva, previa autorización del Consejo Nacional Electoral, respecto de los espacios y del contenido, pretende ser consecuente con el derecho fundamental a desempeñar cargos públicos en condiciones de igualdad de oportunidades, conforme lo reconoce el artículo 61, número 7 de la Constitución de la República.

---

163 Fuente: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (México), datos obtenidos de la exposición de Joseph P. Jones, profesor de Latin American Studies Department of Political Science, Rice University, Estados Unidos en la V Jornada Interamericana Electoral, realizada entre el 26 y 30 de noviembre de 2012 en el Instituto Federal Electoral de los Estados Unidos Mexicanos, evento al que tuve la oportunidad de asistir.

164 Angélica Bernal, "Colombia: Balance crítico de la participación política de la mujer en las elecciones para el Congreso 2006-2010", Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung-Colombia, p. 5, disponible en: [www.bogota.gov.co/galeria/analisiselecciones.pdf](http://www.bogota.gov.co/galeria/analisiselecciones.pdf) (fecha de consulta: 12/12/2012).

Al respecto, el Tribunal Contencioso Electoral, por medio de la sentencia que resolvió el caso signado con el número 082-2013-TCE estableció que bajo el principio de igualdad de oportunidades, los órganos que integran la Función Electoral están obligados a adoptar las medidas que fuesen pertinentes para precautelar que aquellos sujetos políticos que ostentasen posiciones de privilegio para promocionar sus propuestas políticas no adquieran ventajas injustificadas, en perjuicio de aquellos sectores que no se encuentran en similar situación.

Este criterio jurisprudencial, aún cuando no existe tipificación legal al respecto, ha permitido que el Tribunal Contencioso Electoral impute el valor de la publicidad electoral no autorizada a las cuentas de gasto electoral e imponga sanciones pecuniarias a las organizaciones políticas infractoras.<sup>165</sup> Ejemplo de ello es el caso 013-2013-TCE seguido por la Delegación Provincial Electoral de Galápagos, en contra del Movimiento Identidad Provincial.<sup>166</sup>

Por otro lado, el financiamiento público de la campaña electoral en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias, si bien permite un mayor acceso de la mujer a la política electoral, no incentiva a la producción de alianzas ya que los montos que se entregan para la difusión se comparten entre quienes conforman la coalición; y como tal, tiende a incentivar la creación de partidos pequeños de poca magnitud, que, como ya se dijo, constituyen una variable negativa para la participación de la mujer.

En tal virtud, como en todos los casos anteriores, esta variable puede abonar a los objetivos del sistema de forma tan determinante como

---

165 La disposición legal que se ha aplicado a fin de sancionar a aquellos sujetos políticos que irrespetares la prohibición de hacer propaganda, con recursos privados en vallas publicitarias específicamente, ha sido el artículo 374, número 1 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, cuyo tenor literal expone: “Los Órganos de la Función Electoral podrán sancionar con multas que vayan desde diez hasta cien remuneraciones mensuales unificadas y/o con la suspensión de hasta veinte y cuatro meses a una organización política dependiendo de la gravedad de la infracción y/o de su reiteración, en los siguientes casos: 1) Cuando se compruebe el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone a las organizaciones políticas.”

166 Para establecer el valor que se imputa a las cuentas de campaña electoral, el Tribunal Contencioso Electoral dispuso la liquidación de estos valores al Consejo Nacional Electoral, por ser esta la institución encargada de viabilizar el financiamiento público, para lo cual elabora un listado de precios de acuerdo con las dimensiones y los materiales utilizados en la elaboración de la valla publicitaria.

fuese capaz de combinarse con otras variables que potencien su impacto. Podría pensarse en mantener el financiamiento público, a la vez que se podría exigir requisitos más rigurosos para el registro de organizaciones políticas, a fin de fomentar la creación de alianzas; y a la vez, establecer porcentajes adicionales de financiamiento para alianzas, como un incentivo para su conformación.

Otra variable a considerar es la posibilidad de adoptar un sistema de umbral o barrera legal para eliminar a partidos muy pequeños; e inclusive hacer que las elecciones parlamentarias coincidan con la segunda vuelta electoral,<sup>167</sup> para que las organizaciones políticas que perdieron en primera vuelta busquen consensos con los las organizaciones políticas finalistas y puedan conformar alianzas de gobierno u oposición más sólidas y articuladas, dado el poder de arrastre que tienen las candidaturas presidenciales finalistas, sobre todo en sistemas presidencialistas como los que tenemos en América, a excepción de Haití, que reproduce un sistema semi-presidencialista.<sup>168</sup>

Todo lo dicho demuestra, que aún cuando las decisiones electorales se adopten por la expresión espontánea del soberano, integrado en un solo cuerpo electoral, la incorporación de mujeres a cargos de elección popular sigue siendo lento, pese a que la legislación ecuatoriana cuenta con el sistema de cuotas más elevado posible.

Las razones históricas y culturales, aún cuando caminan hacia una sociedad más justa e inclusiva, lo hace de manera lenta; por lo que resulta importante que las políticas favorables a la equidad de género en esta materia sigan partiendo desde arriba; es decir, desde el estado, quien ha asumido la responsabilidad internacional de adoptar todas las medidas que fueren pertinentes para favorecer al respeto de los derechos políticos

---

167 La segunda vuelta electoral o *ballotage* es una institución jurídica de origen francés que data de 1852 y se la utilizó preponderantemente para elegir diputados uninominales, aunque en ocasiones también fue empleado para elecciones pluripersonales. Ver: Gustavo Emmerich, "La segunda vuelta electoral: modalidades, experiencias y consecuencias políticas" en Pablo Javier Becerra, Víctor Alarcón Olguín, Edits., *Contexto y propuestas para una agenda de reforma electoral en México*, México DF., Senado de la República de México, 2003, p. 85-87.

168 En Francia, a partir de 1958 las elecciones parlamentarias se dan bajo sistema de *ballotage* o doble vuelta electoral. Bajo este sistema se van eliminando partidos pequeños y se van consolidando mayorías parlamentarias más o menos estables, ya que la segunda vuelta parlamentaria, corresponde a la segunda vuelta presidencial. Ver Mario Justo López. *Manual de Derechos Político*, op cit., p.444.

de las mujeres. Para alcanzar este objetivo, es indispensable cuestionar las estructuras económicas, sociales, políticas, jurídicas y culturales, lo que incentiva al debate social e incide en el pensamiento colectivo, predisponiéndolo para alcanzar una democracia más incluyente y más justa; es decir, una verdadera democracia.



## CONCLUSIONES

Las relaciones asimétricas entre mujeres y hombres son producto de unas condiciones históricas y sociales que nada tienen que ver con la mayor o menor capacidad física o intelectual entre hombres y mujeres. En este sentido, estas estructuras excluyentes pueden y debe ser sustituida por unas formas más incluyentes, equitativas y democráticas en las que hombres y mujeres, vivamos o no en pareja, asumamos las mismas responsabilidades, a la vez que ejerzamos a plenitud nuestros derechos, tanto en el hogar, como en la vida pública.

Las estructuras laborales deben ser legislativamente flexibilizadas en lo que se refiere al horario de trabajo, al lugar donde se desarrollan las tareas y los requisitos de experiencia exigidos para la ocupación de cargos, entre otros aspectos. Se puede optar por un sistema basado en resultados o tareas que puedan realizarse desde casa o desde cualquier otro lugar, con el apoyo de las nuevas tecnologías, a fin de permitir que tanto hombres como mujeres podamos desarrollar nuestras vidas profesionales, a la vez que atender el hogar, puesto que estos dos espacios contribuyen al pleno desarrollo de cada persona.

Las leyes de cuota siguen siendo, a nivel regional, el mecanismo más eficiente para la incorporación de la mujer en política; los resultados cualitativos y cuantitativos que ha producido no pueden ser comparables con ninguna otra medida de carácter normativo; no obstante, al persistir la subrepresentación femenina en los espacios de poder demuestra su que las acciones afirmativas de partida son importantes, pero no suficientes. En el momento histórico que vivimos, resulta importante dar un paso hacia adelante y plantearnos la incorporación a nuestro sistema jurídico de acciones afirmativas de llegada o cupos. De esta manera, se garantizaría que el 50% de autoridades de elección popular sean mujeres.

La variable independiente que atenúa de manera más drástica la eficiencia de la ley de cuotas es el sistema de listas abiertas y no bloqueadas, vigentes en Ecuador. Poco se logra con la paridad y alternabilidad de género si la electora o el elector tienen la posibilidad de crear su propia lista. En este sentido se recomienda optar por un sistema de listas cerradas y bloqueadas, lo que permite consolidar estructuralmente a los partidos políticos en cuanto le da el peso determinante que tiene que tener las elecciones primarias; de ahí que la Función Electoral tendrá que ser más proactiva en el control de la democracia interna de cada organización política.

El Ecuador debe proyectarse hacia un sistema multipartidista moderado en el que convivan no más de cinco partidos y movimientos de carácter nacional. Para reducir el número de organizaciones políticas de ínfima magnitud y favorecer a la institucionalización de los partidos y movimientos que logren mantenerse en el tiempo; así como el acceso de la mujer a cargos de elección popular y posibilita mejores condiciones de gobernabilidad. Para ello sería importante adoptar un sistema de barrera legal en el que se requiera un porcentaje mínimo de votos alcanzados, por lista, para entrar en la repartición proporcional de los escaños entre las organizaciones políticas finalistas.

El fortalecimiento del sistema de partidos, en base a la eliminación de organizaciones de ínfima magnitud y la complementaria institucionalización de los partidos grandes, también se lo puede lograr regresando al esquema legislativo que contempló el Código de la Democracia, antes de su reforma de 2012; según el cual, las elecciones parlamentarias coinciden con la segunda vuelta electoral para Presidenta o Presidente de la República toda vez que el arrastre que producirían las candidaturas finalistas, harían que el oficialismo y la oposición alcancen una sólida o cohesionada estructura dentro de la Cámara.

La Función Electoral deben prestar mayor atención a los procesos primarios toda vez que la ley permite sistemas de elecciones representativas, lo que puede abrir espacios para la manipulación de la dirigencia, lo que a su vez interfiere en la manera en la que se integran las listas, sobre todo en relación a quiénes las encabezan. Este asunto es determinante en un sistema de repartición proporcional de escaños. De ahí

que, sería importante realizar una reforma en la Ley Orgánica Electoral, en el sentido de exigir a las organizaciones políticas que realicen elecciones directas y universales.

En lo que a financiamiento de la política se refiere, recomiendo considerar dos reformas legislativas: por una parte, en caso de adoptarse un sistema de listas cerradas y bloqueadas, el fondo de promoción electoral deberán mantenerse como está; es decir, entregado en función de la lista y no de cada candidatura. Por el contrario, si se mantiene el sistema de lista abierta y no bloqueada, el fondo de promoción electoral y el cómputo del gasto electoral deberán asignarse, por candidatura, a fin de permitir la competencia electoral intrapartidista, bajo condiciones de igualdad.

El tamaño de las circunscripciones electorales es también un elemento de suma importancia. En circunscripciones grandes, suele preverse un aumento considerable de la participación femenina, en cuanto hay más escaños por repartir y, como tal, existen mayores expectativas de éxito electoral para la mujer. Sin embargo, la influencia de esta variable, disminuye sus efectos en cuanto existieren organizaciones políticas de mayor magnitud.

Finalmente, debemos asumir que las reformas normativas planteadas no son más que estrategias inmediatas que favorecen cuantitativamente a la representación femenina en política; no obstante, el problema se centra y de fondo tiene que ver con variables adaptativas o culturales que responden a estructuras tradicionalmente excluyentes que tienen que cambiar de forma progresiva, para lo cual las reformas normativas aportan pero no lo hacen de manera profunda en el imaginario social; de ahí que, es indispensable realizar campañas de concienciación a todo nivel social a fin de combatir, desde el sentido común los resquicios de un machismo irracional e insostenible pero que se manifiesta en casi todos los aspectos de nuestra vida cotidiana.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alcántara Sáez, Manuel. “Calidad de los Políticos y Calidad de la Política” en José Reynoso Núñez y Herminio Sánchez de la Baquera y Arroyo comp., *La Democracia en su contexto*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- Aquino, José Ángel, “Reelección presidencial y equidad en las campañas electorales” en: *Construyendo las condiciones de Equidad en los procesos Electorales*, San José, Centro de Estudios y promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH/CAPEL), Serie de Cuadernos de CAPEL, No. 57, 2012.
- Arendt, Hannah. *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1996.
- Aristóteles, *La Política*, Libro Octavo, p. 117, disponible en: [www.edu.mec.gub.uy/biblioteca\\_digital/.../a/Aristoteles%20-%20Politica.pdf](http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/.../a/Aristoteles%20-%20Politica.pdf)
- Atienza, Manuel. *El Derecho como argumentación*, México, Fontamara, 1a. reimpresión, 2005.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia” en Ramiro Ávila edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Bareiro, Lina; Soto, Clyde; y Soto, Lilian, *La inclusión de las mujeres en los procesos de reforma política en América Latina*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2007.
- Bareiro, Lina y Torres Isabel. “Participación política igualitaria de las mujeres” en José Reynoso Núñez y otro Coord., *La Democracia en su Contexto*, México, Universidad nacional autónoma de México, 2009.
- Becerra, Pablo Javier, Alarcón Olguín, Víctor. edits., *Contexto y propuestas para una agenda de reforma electoral en México*, México DF., Senado de la República de México, 2003.
- Bernal, Angélica, “Colombia: “Balance crítico de la participación política de la mujer en las elecciones para el Congreso 2006-2010””, Bogotá, Friedrich

Ebert Stiftung-Colombia, P. 5, disponible en: [www.bogota.gov.co/galeria/analisisselecciones.pdf](http://www.bogota.gov.co/galeria/analisisselecciones.pdf)

Bobbio, Norberto. *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, Tercera edición, 2009.

Bonder, Gloria. *Liderazgo Político de las Mujeres en América Latina: Un proceso en construcción*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Agencia Española de Cooperación Internacional y Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, 2009.

Brey, Bouza. “El Sistema Político” en Miguel Maminal Badia, Comp., *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 2010.

Campell Barr, Epsy . “La incidencia política de las mujeres afrodescendientes en las Américas”, en *Agencia Latinoamericana de Información*, 2007, disponible en: <http://alainet.org/active/19005&lang=es>.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Observatorio de Igualdad y Género de América Latina y el Caribe, (<http://eclac.org/edecisiones/>).

Cárdenas Ortiz, Alexandra. “Ecofeminismo y Transformaciones del Derecho”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Bogotá, Temis, 2010.

Consejo Nacional Electoral, *Indicadores de Género 2013*, Quito, Consejo Nacional Electoral, 2013.

Conway, Jill K. *et. al.* “El Concepto de Género”, título original en inglés: “The concept of gender”, traducción de Jessica McLauchlan y Mirko Lauer, versión electrónica de libre acceso: [http://www.unida.org.ar/Bibliografia/documentos/Antropologia\\_Social/5\\_Equidad\\_de\\_Genero/El\\_concepto\\_de\\_genero\\_Conway\\_y\\_otros\\_EG\\_5.doc](http://www.unida.org.ar/Bibliografia/documentos/Antropologia_Social/5_Equidad_de_Genero/El_concepto_de_genero_Conway_y_otros_EG_5.doc).

Dahl, Robert. *La Poliarquía. Participación y Oposición*, Madrid, Tecnos, 1989.

Díaz, Rodolfo Alejandro, “La Ciencia política Positiva Actual: Origen y

Fundamentos de la Perspectiva de *Rational Choice*”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 14 de septiembre de 2011.

Douzinas, Costas. *El Fin de los Derechos Humanos*, Bogotá, Legis, 2008.

Driscoll, Bárbara A. , Núñez García, Silvia Julián Castro Rea, “*Los Procesos Electorales en América Del Norte en 1994*” México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, 2000.

Erasmus. *Elogio de la locura*, Barcelona, Folio, 2007.

Facio, Alda. “La Carta Magna de todas las mujeres” en Ramiro Ávila Santamaría et. al. Comp., *El Género en el Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley del más Débil*, Trotta, 4a. Ed., Madrid, 1994.

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

Ferreira Salazar, Cynthia et. al.. *Mujeres y Hombres del Ecuador en cifras III*, Quito, ONU-Mujeres, 2013.

Flavia Freidenberg. “¿qué es la democracia interna?”, en José Reynoso Núñez y otro Coord., *La Democracia en su Contexto*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

Freud, Sigmund. *El malestar en la cultura*, Versión Electrónica del libre acceso [www.infotematica.com.ar](http://www.infotematica.com.ar), p. 34, disponible en: [publicaciones.fba.unlp.edu.ar/.../FREUD-Sigmund-El-malestar-en-la-cultura-.pdf](http://publicaciones.fba.unlp.edu.ar/.../FREUD-Sigmund-El-malestar-en-la-cultura-.pdf).

García Jurado, Roberto. *La Teoría Democrática de Huntington*, México D.F., Universidad Autónoma Metropolitana de Xochimilco, 2003.

- García-Marzá, Domingo “Mujer y el entorno empresarial”, Universitat de Jaume I, Disponible en: D García-Marzá - Papeles de ética, Economía y Dirección, 1999.
- Gargarella, Roberto. “El Contenido Igualitario del Constitucionalismo” en Roberto Gargarella coord., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2009.
- Goyes Quelal, Solanda. “De las cuotas a la paridad: El caso Ecuador”, en *La apuesta por la paridad: Democratizando el sistema político en América Latina*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral 2013 y la Comisión Interamericana de Mujeres, 1ra. Impresión, Lima, 2013.
- Hernández Bravo, Juan, “Los Sistemas Electorales”, en: Rafael del Águila Edit., *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, Cuarta Edición 2005.
- Jones, Mark. “Leyes de Cuotas y Listas de Partido: Evaluación del impacto de las listas cerradas Vs. Listas abiertas” en: Marcela Ríos Tobar, *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, Santiago, FLACSO / IDEA Internacional / Catalonia, 2009.
- Justo López, Mario. *Manual de Derecho Político*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- Kant, Immanuel. *Crítica a la razón práctica*, Buenos Aires, La Página, 2003.
- Larrosa Haro, Manuel. “Partidos Políticos, Sistemas Electorales y Sistemas de Partidos”, en Gustavo Emmerich y Víctor Alarcón Olguín coord., *Tratado de Ciencia Política*, Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana de Iztapalapa, 2007.
- Losada Rodrigo y Casas Andrés. *Enfoques para el análisis político*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- Luna Ramos, José Alejandro. “Juzgar con Perspectiva de Género: Una propuesta de acciones concretas para los Jueces Electorales Mexicanos”. Ponencia presentada en la ciudad de Girona (Cataluña, España) el 18 de mayo de

2010, en la sala de grados Francisco Tomás y Valiente de la Facultad de Derecho, disponible en: <http://ojs.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/30242>

Machado, María José, *De las cuotas a la paridad*, Quito Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Machicayo Barnery, Ximena. *El acoso político. Un tema urgente de enfrentar*, la Paz, Programa de Apoyo a la Gestión Pública Descentralizada PADEP-GTZ y Asociación de Concejales de Bolivia, 2004.

Marx, Karl y Engels, Federico. *Manifiesto Comunista*, Buenos Aires, El Aleph, 2005.

Matas Dalmases, Jordi. “Los partidos políticos y los sistemas de partidos” en: Josep M. Vallés, Comp., *Ciencia Política: Una Introducción*, Barcelona, Ariel, cuarta edición, 2004.

Massolo, Alejandra *Participación política de las mujeres en el ámbito local en América Latina*, Santo Domingo, Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la promoción de la Mujer (INSTRAW), 2006.

McDowell, Linda. “La definición del género” en: Ramiro Ávila Santamaría et. al Comp., *El género en el Derecho*, Quito, Ministerio de justicia y Derechos Humanos, 2009.

McDowell, Linda. *Género, Identidad y lugar. Un estudio de las geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999.

Milosavljevic, Vivian. *Estadísticas para la Equidad de género*, Cuaderno 29 de la CEPAL, Santiago de Chile, UNIFEM, 2007.

Navia, Patricio. *Participación Política en Chile, 1988-2001*, Santiago, Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales, 2002.

Nohlen, Dieter. *Sistema Electorales en el Mundo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981.



- Dieter, Nohlen. *Gramática de los Sistemas Electorales*, Quito, Instituto de la Democracia, 2012.
- Pablo Oñate, “Los Partidos Políticos” en: Rafael del Águila edit. *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, Cuarta edición, 2005.
- Pateman Carole, “Críticas feministas a la dicotomía público/privado”, en Ramino Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El Género en el Derecho. Ensayos Críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Puhle, Hans-Jürgen. “Crisis y cambios de los partidos Catch All”, en en José Ramón Montero y otros, *Partidos políticos*, Madrid, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2007.
- Rawls, John. *Liberalismo Político*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- Reinoso Núñez, José y Sánchezm Herminio Coord., *La Democracia en su contexto* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- Rivero, Ángel. “Representación Política y Participación” en: Rafael del Águila Edit., *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, Cuarta Edición 2005.
- Ríos, Marcela; Hormazabal, Daniela y Cook, Maggy “El efecto de las leyes de cuota en la representación de las mujeres en América Latina” en: Marcela Ríos Tobar edit., *Mujer y Política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, Santiago de Chile, FLCSO, 2008.
- Sample, Kristen, “Perú, 2006. Un caso exitoso de cuotas con voto preferencial”, disponible en: <http://www.jce.do/resultados/Ponencias/EstadosUnidos/KristenSample/tabid/203/Default.aspx>.
- Sen, Amartya. “El Desarrollo de la Libertad” en Alfred A. Knopf, *Development as Freedom* New York 2000, Traducción de Luz María Mohar, disponible

en *Gaceta Ecológica*, Revista No. 55, p. 15, (A **Sen** - Gaceta Ecológica, 2000 - dialnet.unirioja.es).

Salgado, Judith, “Género y Derechos Humanos”, en Ávila, Ramiro, *et al*, comp., *El Género en el Derecho. Ensayos Críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Sánchez Jhon Anton, et. al. edit., *Pueblos Afrodescendientes y Derechos Humanos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos y Cultos, 2011.

Sanchís, Luis Prieto, “El Juicio de Ponderación Constitucional” en Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, coords., *El Principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010.

Sartori, Giovanni, *Partidos y Sistemas de Partidos*, Madrid, Alianza, 1989.

Sartre, Jean-Paul, *El existencialismo es un humanismo*”, Barcelona, Ediciones Folio, 2007.

Schutrumpf, John, Edit., *Rosa Luxemburg o el precio de la libertad*, Quito, Fundación Rosa Luxemburg, Segunda edición, 2010.

Scott, Joan. “El género: una categoría útil para el análisis histórico” en Lamas Marta, Comp., *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, PUEG, 1996.

Torrens, Xavier. “Los Sistemas Electorales” en Miquel Caminal Badia, edit., *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 2005.

Vallès, Josep M., Bosch Agustí. *Sistemas Electorales y Gobierno Representativo*, Barcelona, Ariel, 1997.

Weber, Max. *Política y Ciencia: La Política como profesión*, Buenos Aires, El Aleph, 2000.

Wills Obregón, María Emma. “Feminismo y Democracia: Más allá de las viejas fronteras”, versión electrónica de libre acceso disponible en: [biblioteca.hegoa.ehu.es/.../femenismo\\_y\\_democracia\\_](http://biblioteca.hegoa.ehu.es/.../femenismo_y_democracia_), p. 20.

Wills Obregón, María Emma, “Cincuenta años del sufragio femenino en Colombia (1954): Por la conquista del voto 2004: Por la ampliación de la ciudadanía de las mujeres” Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-47052005000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-47052005000100003&script=sci_arttext)

Williams, Joan. “igualdad sin discriminación” en Ramiro Ávila Santamaría *et. al* Comp., *El género en el Derecho*, Quito, Ministerio de justicia y Derechos Humanos, 2009.

Wynants, Sven. “Las reglas del juego de la democracia española” en Mikel Barreda, Rosa Borge Bravo Coord., *La democracia española: realidades y desafíos: Análisis del sistema político español*, Barcelona, El Cuervo, 2006.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe.

Carta Democrática Interamericana.

Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Constitución Política de la República del Ecuador (1835)

Constitución Política de la República del Ecuador (1869)

Constitución Política de la República del Ecuador (1906)

Constitución Política de la República del Ecuador (1929)

Constitución Política de la República del Ecuador (1998)

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

Código Penal (1871).

Código Penal, (1906).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2003

Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas, Informe, 13 octubre 1998 OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17.

Misión de Observación Electoral de la Unión Europea, *Informe Final: Elecciones Presidenciales y para la asamblea Nacional, 26 de abril de 2009*, Unión Europea, junio 2009, p. 43, versión electrónica de libre acceso, disponible en: [aceproject.org/.../ecuador-informe-final-elecciones-pr..](http://aceproject.org/.../ecuador-informe-final-elecciones-pr..)

Corte Constitucional de la República del Ecuador, SENTENCIA No. 005-11-SIN-CC, de 12 de octubre del 2011, publicada en el Registro Oficial Suplemento 572 de 10-nov-2011.

Corte Constitucional, Resolución No. 28, Suplemento del Registro Oficial No. 811, de 17 de octubre de 2012.

Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-408/1996.

Comité para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 5*, Séptimo período de sesiones, 1988.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Recomendación General No. 23, 16º período de sesiones, 1997.

Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 19, décimo primer período de sesiones, 1992, observaciones generales 11 y 12

Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 23*, Décimo sexto período de sesiones, 1997.

Consejo de la Judicatura, Resolución No. 108-2012.

Tribunal Contencioso Electoral, sentencia dictada dentro de la causa 148-2013-TCE.



## **SEGUNDA PARTE**





### III

## EL CÓDIGO DE ÉTICA CONTENCIOSO ELECTORAL: UN COMPROMISO CON LA EXCELENCIA Y LA DEMOCRACIA

Catalina Castro Llerena

### 1. La ética como derivación del razonamiento práctico

De acuerdo con el informe de la corporación Latinobarómetro de 2010, la percepción favorable que existe en la región sobre sus sistemas de administración de justicia, salvo el caso de Uruguay (58%) y Brasil (51%) es decididamente negativa, llegando a niveles muy precarios como del 17% en Guatemala y 15% en Perú. Las evidencias de este sondeo de opinión imponen a las autoridades la obligación de redefinir sus formas de conducta a fin de alcanzar los ideales sociales y constitucionales que les inspira.

En esta línea, los sistemas constitucionales contemporáneos han positivizado valores que actúan como mandatos de optimización,<sup>169</sup> capaces de guiar la recta actuación de toda autoridad investida con la

169 Para Robert Alexy "...los principios son *mandatos de optimización*.[y] Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas." Robert Alexy "La fórmula del peso" en: Miguel Carbonell edit., *El Principio de proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 14.

potestad pública de administrar justicia. Estos principios jurídicos tienen la función sistémica de transmitir estos valores a normas que prescriben comportamientos concretos y decisiones de situación.

Valores constitucionales como la consolidación del sistema democrático, la tutela efectiva de los derechos fundamentales, el sometimiento de las actuaciones públicas a los designios constitucionales, entre otros no dejan de ser construcciones artificiales, desarrolladas a través de los siglos pero que establecen un norte al que debemos tratar de llegar. En ese sentido, los valores constituyen un régimen moral democráticamente aceptado; y por tal razón, constituyen “lo bueno”, “lo apropiado”, “lo correcto”; es decir, lo moralmente deseable.

Por su parte, la ética, como derivación de la razón práctica es la forma de obrar de tal manera que permita alcanzar un acercamiento al ideal, a lo perfecto; es decir, a lo moral. En este orden de ideas, la ética pública y la ética judicial, en sentido particular no es otra cosa que un conjunto de normas, preceptos, decisiones; pero sobre todo, actuaciones de servidoras y servidores públicos dirigidas hacia objetivos constitucionalmente consagrados. “La ética judicial no puede, sin embargo, ser distintas a las otras éticas puesto que la ética es única y el última. Que es *última* quiere decir que, en un razonamiento práctico, no puede haber razones que estén más allá de la ética [...] y que el única significa que los principios de la moral son los mismos para todos los campos de actividad.”<sup>170</sup>

Pero si la ética, en sentido general es esencialmente conducta, ésta, por definición, no puede estar codificada; por el contrario, la deontología<sup>171</sup> permite elaborar catálogos de exigencias conductuales, marcadas por criterios éticos que se dirijan a la realización de objetivos morales institucionalizados; de ahí que, terminológicamente hablando, “código deontológico” resulta ser mucho más preciso que “código de ética” pese a que la práctica ha generalizado a la primera opción.

---

170 Manuel Atienza, “Ética Judicial: ¿Porqué no un Código de Deontológico para jueces? en *Revista Jueces para la Democracia*”, número 46, marzo de 2003. p. 44.

171 “... la palabra deontología viene de la raíz griega ‘deor’ o ‘tratado’, de manera que etimológicamente designa a la ciencia o tratado de los deberes.” Juan Díaz Romero, “El A, B, C de la Deontología Judicial”, versión electrónica de libre acceso, disponible en: <http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/alabe.htm> (fecha de consulta: 11-08-2013).

## 2. Escuelas del pensamiento ético

A partir de desacuerdos teóricos sobre esta materia se han desarrollado algunas escuelas del pensamiento ético, a las que no nos referiremos en detalle; sino que las caracterizaremos brevemente a fin de conocer, desde una metodología dialógica, el acercamiento, o no que el Código de Ética del Tribunal Contencioso Electoral ecuatoriano entabla con alguna de ellas, en caso de haber alguna cercanía.

Una de las perspectivas éticas más generalizadas es el *escepticismo ético*; según el cual, el individuo no conoce ni puede llegar a conocer virtudes morales universales que guíen su conducta. Según esta escuela, las percepciones de lo bueno se desarrollan en el pensamiento de cada persona de acuerdo con las experiencias a las que ha estado expuesto. El escepticismo ético sostiene que la estructura mental es algo que difiere de individuo en individuo, por lo que se excluiría que existe la imposibilidad de alcanzar consensos sobre este tema, lo que impediría su codificación. Esta posición es bastante coherente con la perspectiva liberal en tanto propone un auto control individualista, cuyo único límite se encuentra en las libertades de los demás. “Ciertamente, el pensamiento liberal el sentimiento ético y moral queda abierto a disposición de los sujetos, que solo tienen que preocuparse por no quebrantar la esfera de derechos y libertades de los otros; la ética cobra una dimensión en mayor medida pública que privada.”<sup>172</sup>

La existencia generalizada de códigos deontológicos que regulan conductas éticamente exigibles, demostraría la negación de esta teoría; de hecho, a diferencia de lo sostenido por Sócrates, no es cierto que el ser humano obra mal por ignorancia; aceptar lo contrario implicaría reconocer la existencia de verdades éticas inmutables, situación con la que tampoco estamos de acuerdo.

---

172 José Antonio Rumoroso Rodríguez, “La imparcialidad y el Código Iberoamericano de Ética Judicial”, Revista de Filosofía No. 39, Rioja, Universidad de Rioja, 2011, p 11, .

El escepticismo excluye la posibilidad del consenso ético codificable, por proclamar una suerte de individualismo.<sup>173</sup> Pese a ello y, como se verá en las propuestas que formularemos, el Código de Ética del Tribunal Contencioso Electoral niega la existencia de verdades éticamente inmutables y; en consecuencia, promueve una construcción participativa de este tipo de preceptos; a la vez que rechaza la supuesta imposibilidad de alcanzar un consenso racional entre personas siempre que sus intereses concurren en lograr que su institución cumpla, de la mejor forma posible, el rol social que inspira su propia existencia.

Otra de las teorías éticas, de importante difusión, es el *intersubjetivismo ético* cuyos planteamientos centrales sostienen que la construcción ética no depende del individuo, como ente aislado, sino de las relaciones que éste entabla con otros seres racionales que terminan por discernir lo que reconocerán como conductas valiosas.

Cercanamente a lo expuesto por el subjetivismo, el *relativismo ético* plantea que los valores morales son derivaciones de la cultura y de la época en la que se presentan. Esta postura se subdivide en *etnocentrismo* y *anacronismo*. El etnocentrismo consiste en creer que cada cultura desarrolla su propio sistema de valores morales, asumiéndolos como únicos y, como tal merecen ser defendidos. Para Gregorio Peces-Barba "...la relación moralidad, poder y Derecho, se sitúa en el ámbito de la cultura, que es una obra humana en la historia y por consiguiente que va formando un depósito de ideas que se transmiten, se matizan o se cambian de generación en generación..."<sup>174</sup>

Esta postura es incompatible en un estado plurinacional como el Ecuador y América Latina en general, por lo que esta escuela de pensamiento poco o nada tiene que aportarnos en este debate.

---

173 "La moral crítica no se confunde ni se reduce a simplemente la moral empírica individual (o de las minorías) frente a la moral positiva, que constata y simboliza la complejidad valorativa del grupo y de los sectores que son socialmente predominantes: aquella implica sobre todo exigencias de objetividad, racionalidad y universalidad que son las que caracterizan y sirven de base a la teoría crítica de la justicia." Elías Díaz, *Ética contra Política*, Madrid, Fontamara, 2s. reimpresión, 2004 pp.53-54.

174 Gregorio Peces-Barba, *Ética, Poder y Derecho*, Madrid, Fontamara, 1a reimpresión, 2004, p.76.

Los sistemas contemporáneos han dado un paso adelante para incorporar principios autóctonos de culturas ancestrales como el *sumak kausay* o buen vivir, proveniente de las culturas indígenas amazónicas que proclaman como ideal de vida la armonía con la comunidad, con uno mismo y con el medioambiente.

Para el anacronismo, cada generación establece su propio sistema de valores y los defiende. Sin perjuicio de ello, y asumiendo que el pluralismo jurídico y ético ha enriquecido nuestra idea colectiva del bien, la exigencia del comportamiento ciudadano y de la servidora y servidor público es entendido ha pasado a ser multidimensional y apreciado desde clivajes éticos multiculturales, no jerarquizados.<sup>175</sup>

Sin perjuicio de los puntos de contacto que el pensamiento fundador del Código de Ética del Tribunal Contencioso Electoral ha tenido con las escuelas filosóficas, anteriormente descritas, quizá la que mayor influencia se aprecia es el *consecuencialismo ético*, el mismo que ha recibido fuertes críticas de la doctrina por cuanto es una escuela cercana al *utilitarismo*, cuya búsqueda perpetua del beneficio, impediría crear un código deontológico porque resulta imposible codificar la conducta en sí, en tanto los actos humanos plantean posibilidades y variaciones infinitas, imposibles de prever.

Estas teorías, que incluyen de manera destacada al utilitarismo más clásico, coinciden en rechazar la posibilidad de que se establezca un juicio ético absoluto o a priori respecto a los actos humanos, dado que el mismo sólo es posible luego de haberse ponderado las consecuencias o resultados que de ellos se derivan. No hay actos buenos o malos sino que lo decisivo es comprobar sus efectos, de tal manera que aisladamente podamos suponer que cierta conducta el éticamente reprochable pero que, en ciertas circunstancias merece otra calificación ética, según las consecuencias totalmente diferentes.<sup>176</sup>

---

175 “El monismo ético parece prevalecer sobre todo entre los filósofos morales, el pluralismo ético sobre todo entre los filósofos de la política y del derecho; en ámbito jurídico, en particular, el monismo ético parece prevalecer –aunque sea en el estadio irreflexivo de la opinión recibida– solo entre constitucionalistas y filósofos del derecho iusnaturalistas” ver Mauro Barberis, *Ética para Juristas*, Madrid, Trotta, 2008, p. 165.

176 Rodolfo Luis Vigo, *Ética y Responsabilidad Judicial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 23.

Pese a las críticas al utilitarismo, no podemos dejar de reconocer que el beneficio al que tiende esta teoría no tiene necesariamente que corresponder a ideas egoístas; por el contrario, partimos del convencimiento que el derecho es una técnica que persigue objetivos sociales expresamente señalados. En el caso ecuatoriano, por ejemplo la Constitución señala que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”<sup>177</sup>; en tal virtud, el beneficio que persigue la institución se da en función al grado de garantía de derechos alcanzado, lo cual no puede ser visto como una finalidad egoísta.

Desde esta perspectiva, si bien esta escuela de pensamiento ético no es capaz de predecir toda posibilidad de conducta humana, sí puede guiar y controlar el efecto que la conducta produce en la práctica; para lo cual, el propio sistema constitucional prevé efectos deseados, así como efectos prohibidos. Por ejemplo, todo acto de autoridad que produzca efectos discriminatorios es una conducta jurídicamente reprochable y castigable; pero a la vez, es una actuación éticamente condenable.

En suma, un código deontológico es útil, en términos sistémicos y funcionales cuanto sus creadoras y creadores identifican claramente los objetivos de su institución, los problematizan y establecen una jerarquía respecto de los efectos que debe producirse, a partir de su engranaje interno, dividido en actividades gerenciales, administrativas y de apoyo; todo lo cual, puede producir efectos interesantes desde el marco de acción de un funcionario, pero lo realmente importante es establecer la forma en que la correcta actuación de esa o ese funcionario funge como medio para sumarse a los actos de sus colegas para producir efectos sociales como institución. “Las normas reguladoras, los medios personales y materiales y cada uno de los órganos no operan aisladamente sino trabados en un sistema –*el sistema judicial*– que es el que realmente funciona bien o mal (o no funciona), aunque al proceder a su análisis resulte imprescindible examinar sus elementos por separado pero teniendo siempre presente la conexión e interacción de todos ellos.”<sup>178</sup>

---

177  
178

Constitución de la República, artículo 11, número 9, inciso primero.  
Alejandro Nieto, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, p. 162.

Según esto, y a manera de ejemplo, la excelente actuación de cada servidora y servidor del departamento contable permite que el personal reciba oportunamente su remuneración completa, lo que alivia preocupaciones personales y optimiza su fuerza de trabajo. El tiempo ahorrado en rectificaciones, esclarecimiento de malos entendidos permite que asesoras y asesores dediquen más tiempo y de mejor calidad a la investigación de fuentes jurídicas formales y no formales, como insumos para que las juezas y jueces dictemos sentencias mejor motivadas y fundamentadas en mayores elementos de juicio.

### 3. El compromiso con la excelencia

El uso de términos como *excelencia* y *calidad* nos remite necesariamente a una de las diferencias existentes entre el derecho y la ética. Se dice que el derecho establece los mínimos indispensables para que cada individuo y colectivo desarrolle una vida digna; en cambio, la ética establece puntos máximos, ideales que, de ser alcanzados plenamente, harían que la persona alcance la plenitud profesional y la perfección en el cumplimiento de sus deberes, sin perjuicio de la satisfacción personal que esto acarrearía.<sup>179</sup>

Los códigos de ética se sitúan en medio de estas dos perspectivas. Por una parte, establecen actuaciones mínimas, cuyo incumplimiento genera sanción o censura; a la vez que, señala cánones ideales que permitirían alcanzar la perfección institucional si se los siguiera con total exactitud.

Esto implica que un código de ética debe prever efectos institucionalmente deseables, a la vez que debe consagrar principios y virtudes que hagan de cada uno de sus funcionarios los mejores servidores públicos posibles; lo cual, crearía un círculo virtuoso en el que las actuaciones de cada funcionario, sumadas a las de sus colegas lograría la perfección institucional, esto produce reconocimiento social y prestigio para las personas que trabajan ahí; a la vez que reciben incentivos para

---

<sup>179</sup> Otra diferencia importante que encuentra Rodolfo Luis Vigo entre el derecho y la ética es que, aquel tiene puesta su mirada en lo que ya ocurrió, a fin de establecer si la actuación violó algún precepto jurídico; en cambio que la ética, se interesa por el futuro puesto que se trata de un compromiso para con lo que vendrá. Ver Rodolfo Luis Vigo, *Ética y Responsabilidad Judicial*, ob.cit. p. 27.

crecer profesionalmente, iniciándose un nuevo ciclo de retroalimentación continua.

Sin embargo y, aún cuando la ética es esencialmente conducta y esta solamente pueda ser guiada, los actos éticos, para ser tales, surgen de la libre convicción de su autor.<sup>180</sup> La libertad que caracteriza a las actuaciones éticas con incompatibles con concepciones dogmáticas e impuestas de manera heterónoma; de ahí que, desde este punto de vista, el Código de Ética del Tribunal Contenciosos Electoral no reconoce, aunque tampoco prohíbe, ninguna concepción religiosa, no solo porque se trata de un acto normativo dictado en el contexto de un estado laico, también lo es porque las actuaciones éticas son racionales, originadas en voluntad de su creador y valorables desde un contexto social y en base a virtudes institucionales consensualmente establecidas.<sup>181</sup>

Las virtudes institucionales se derivan del modelo de estado en el que se desenvuelvan. Así, en sistemas absolutistas, el comportamiento ético exigible por antonomasia es la sumisión y obediencia ciega al gobernante. En sistemas teocráticos, la virtud moral es lo que los mandamientos de la religión oficial señala como tal; y finalmente, desde una perspectiva democrática, las virtudes estatales podrían ser sintetizadas por aquello que Norberto Bobbio denomina *virtudes laicas*, entre ellas: el rigor crítico, duda metodológica, la moderación, el no prevaricar, la tolerancia, el respeto a las ideas ajenas, virtudes mundanas y civiles.<sup>182</sup> Para Gustavo Zagrebelsky “la democracia es la única forma de régimen político que respeta mi dignidad en la esfera pública, me reconoce la capacidad de

---

180 La filosofía postmoderna, especialmente la planteada por autores como Nietzsche, Sartre y Foucault planteó una tendencia hacia el rechazo al deber, sobre todo al deber ético, en cuanto devela la voluntad de control por parte del poder. En consecuencia, estos autores reivindican de la libertad en sentido puro, una libertad hasta cierto punto personalista. En este trabajo planteamos una postura armónica entre el control y la libertad, entendida esta como autocontrol y búsqueda de la perfección personal e institucional, para lo cual es indispensable que cada destinatario de la norma ética positivizada asuma que el comportamiento ético que se le exige, se deriva; por un lado de la opción libre y personal de servir a la sociedad como funcionario público, y por otro lado, comprenda que esta exigencia es indispensable para cumplir a cabalidad el rol institucional previsto por la Constitución.

181 Las *teorías procedimentales* como la de Kant o Habermas; así como las contractualistas como la de John Rawls plantean la idea según la cual, la ética no sería algo que está dado, sino que se construye entre todos los actores que actúan como creadores de la norma ética, a la vez que constituyen sus destinatarios. De esta manera se armoniza la idea del control, la exigencia, la libertad y el compromiso. Habermas, en sus Escritos sobre Moralidad y Eticidad, afirma que “la moralidad integrada en el Derecho positivo ha de tener más bien la fuerza trascendadora de un procedimiento que se regule a sí misma, que controle su propia racionalidad...” Jürgen Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Madrid, Paidós, 1998, p. 154.

182 Norberto Bobbio, *De senecture y otros escritos biográficos*, Madrid, Taurus, 1997, p.137.



discutir y decidir sobre mi existencia en relación con los demás.”<sup>183</sup>

En la mayoría de regímenes contemporáneos se verifica un giro de ciento ochenta grados, que va desde modelos en los que el poder imponía una forma de actuar de sus súbditos; hasta llegar a un modelo según el cual, las ciudadanas y ciudadanos son quienes exigen conductas éticas a sus gobernantes y funcionarios; de ahí que, la expedición de un código deontológico es un compromiso político por el cual se ofrece a la comunidad que se prestará el mejor servicio posible, de acuerdo con las atribuciones y competencias previstas en la constitución y la ley.

En este orden de pensamiento, la primera pregunta por despejar es la relativa al tipo de institución que la sociedad espera que seamos y no sobre aquello que estamos dispuestos a entregarle. Para ello es indispensable considerar que los órganos de administración de justicia electoral no son órganos aislados; por el contrario, están insertos dentro de un modelo constitucional específico, que establece metas explícitas y jurídicamente exigibles, en el marco de ese pacto social llamado Constitución.

En este sentido, la ética funcional que promovemos para lograr su concreción práctica debe codificarse en metas posibles y públicas, periódicamente revisadas en base a indicadores técnicamente concebidos, lo que permite maximizar la utilidad del gasto público, en correspondencia con el principio de austeridad republicana; pero además tiene que estar en armonía con una planificación global, que en Ecuador se expresa en el Plan Nacional para el Buen Vivir.

Por otra parte, los principios relativos la prestación de servicios públicos en general; así como los de la administración de justicia y los de la Función Electoral en particular constituyen, desde un enfoque ético, virtudes institucionales expresadas en máximas tendientes a alcanzar el mejor sistema de administración de justicia electoral posible.

Para identificar a las denominadas *virtudes institucionales* procederé a enumerar ejemplificativamente a los principios que recomiendo considerar en la elaboración de un código deontológico que regirá al

---

183

Gustavo Zagrebelsky, *Contra la Ética de la Verdad*, Madrid, Trotta, 2010, p. 112.

interior de un órgano jurisdiccional.

Así, la Constitución, los sujetos políticos y la ciudadanía en general exigen que la administración de justicia electoral se desarrolle de acuerdo con principios macros de garantía de derechos, orientación hacia el buen vivir, solidaridad, posibilidad de dictar medidas alternativas para permitir el acceso y defensa de derechos e intereses de personas provenientes de colectivos tradicionalmente discriminados;<sup>184</sup> para lo cual habrá de considerarse que el Estado es responsable ante “...la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, según lo expone el artículo 11, número 9, inciso segundo de la Constitución de la República.

A este catálogo de principios que le son comunes tanto a políticas públicas, como a servicios públicos, la institución que ejerce funciones contencioso electorales, por su naturaleza de órgano jurisdiccional, es signatario de los principios que rigen al sistema de administración de justicia, en general.

Más allá de entender que la eficacia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es requisito indispensable para la tutela efectiva de todos y cada uno de los derechos fundamentales; y como tal, la *última ratio* de un sistema garantista; el código deontológico está llamado a establecer mecanismos y protocolos institucionales armónicos con la optimización práctica de principios como el de independencia interna y externa,<sup>185</sup> autonomía, gratuidad, publicidad, oralidad, concentración, contradicción y el principio dispositivo.<sup>186</sup> Para Joaquín Ruiz Pérez “sin independencia funcional no hay juez, sino funcionario. Sin libertad interior no hay juicio, sino orden o capricho. La independencia es atributo esencial de la

---

184 Constitución de la República, artículo 65.

185 La independencia entre funciones de estado no puede ser interpretada como aislacionismo; por el contrario, la propia Constitución, en su artículo 226 prevé como deber primordial para toda institución la de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución; lo cual es lógico si consideramos que la distribución de competencias está repartida en instituciones con competencias excluyentes, pero que, en conjunto se tutelan derechos caracterizados por su interdependencia. Bajo este criterio, el aislacionismo se convierte en ineficiencia, lo cual constituye un antivisor ético, en el sentido funcional al que nos estamos refiriendo.

186 Constitución de la República, artículo 168.

jurisdicción”.<sup>187</sup>

Por su parte, el artículo 117 de la Constitución ecuatoriana reconoce entre los principio que guían el accionar de los órganos de la Función Electoral a los de “...autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad.”

A esta gama de principios entrelazados e interdependientes tienen que aparejarse mecanismos estratégicos que permitan cumplir las funciones y atribuciones asignadas a la institución por mandato constitucional y legal, a sabiendas que de acuerdo con el artículo 226 de la Constitución ecuatoriana “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.”

Una vez identificados los principios que guían nuestras actuaciones institucionales, es indispensable promover un debate amplio y participativo interno y externo sobre la forma de encontrar el camino que permita alcanzar niveles cercanos a la perfección en el ejercicio de las atribuciones que el ordenamiento jurídico otorga; para lo cual, la idea del bien, en sentido funcional y sistémico; tiene que partir de premisas hasta cierto punto utilitarias, de las que se desprendan exigencias conductuales específicas para servidoras y servidores públicos, en diferentes puestos de trabajo.

Claramente, la experiencia vivencial de las virtudes funcionales incrementan la confianza de la ciudadanía, por lo que la elaboración de un código deontológico también persigue finalidades políticas que buscan legitimar y posicionar a sus autoridades; por lo que, los mandamientos éticos *autoimpuestos* por las instituciones adquieren el estatus de compromiso formal con la excelencia y con la democracia, siempre de cara al escrutinio social, al que toda autoridad está sometida en democracia.

---

187

Joaquín Ruiz Pérez, *Juez y Sociedad*, Bogotá, Temis, 1987, pp. 34-35.

#### 4. El Código de Ética y las virtudes funcionales

El compromiso político democrático que se asume con la expedición de un código deontológico se expresa en, al menos dos sentidos hacia “afuera”: por una parte, se asume un comportamiento que busca la excelencia funcional que permita elevar los estándares de calidad del servicio que se presta; para lo cual, cada jueza o juez se compromete a ser cada vez más claro y contundente en justificar las decisiones que se adoptan. Este compromiso político de motivar nace de una declaración unilateral coherente con el principio de soberanía popular; según el cual, quien ejerce una potestad pública la recibe del soberano, pero adquiere también la obligación de rendirle cuentas, por tratarse de una potestad delegada y, como tal tiene que someterse al control de sus representados.

Hacia adentro, todo órgano de la administración pública que expide un código deontológico en un contexto democrático, tiene la deber de establecer mecanismos que democratizen sus estructuras internas, su gestión e inclusive algunas decisiones administrativas.

Estamos claras y claros que, democracia implica igualdad en derechos y esto, a su vez, que autoridades y personal de libre nombramiento, junto con el personal de carrera y de servicio entablen relaciones fraternas y horizontales, mutuamente respetuosas ya que, lo único que nos diferencia, es el rol que asumimos y las responsabilidades derivadas de estos roles. En el caso de juezas y jueces, siendo pues quienes deciden, se presentan como la mente y la voz de una institución hacia afuera. Desde un punto de vista ético-social, las juezas y jueces pueden asumir técnicas de fundamentación normativistas estrechas o; por el contrario, adoptar posiciones realistas, las mismas que son más compatibles con los ideales de justicia. En palabras de Enrique Haba, la “... fundamentación normativista una ética de *ir-responsabilidad* para los jueces, en cuanto a los efectos que para los seres de carne y hueso ocasionan las decisiones judiciales. Por el contrario, las fundamentaciones realistas presuponen aceptar una ética de la *responsabilidad* de los propios jueces por buena parte de las consecuencias *prácticas* que acarrearán sus fallos.”<sup>188</sup>

---

188 Enrique P. Haba, “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial”, en *Revista DOXA* No. 25, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Epigraifc, 1989, p. 52.

Para ello, esta suerte de ola democratizadora institucional debe manifestarse desde el génesis de su elaboración. Un código de ética para que sea materialmente efectivo tiene que ser asumido por sus destinatarios como el camino hacia su máximo desarrollo profesional y la perfección de la función social que hemos asumido; de ahí que, debe optarse por metodologías participativas, dialógicas y flexibles que permitan conocer los criterios de los diferentes niveles gestión, para que el compromiso ético que se adquiriera sea interiorizado por cada individuo, puesto que, y según se dijo, no puede existir conducta ética que no sea libre.

La falta de libertad, anula por concepto, la elección moral y, la posibilidad de dirigir actos hacia la consecución del bien. José Campillo Sainz es del criterio que “la coercibilidad destruye el carácter moral de un acto y que la falta de coercibilidad, en términos generales, quita su carácter de jurídica a una norma”.<sup>189</sup>

El carácter participativo del establecimiento de códigos de conducta ética y la necesidad de interiorizar preceptos por parte de funcionarias y funcionarios, nos permite pensar en establecer disposiciones que obliguen a revisiones periódicas y a realizar los ajustes que fueren necesarias. Lo dicho se fundamenta en cuanto, el ingreso de nuevo personal, así como la salida o remoción de los actuales llaman a que cada generación de funcionarios reafirme sus votos de servicio para con la institución y la comunidad; para lo cual, se requiere de una normativa ética que se la asuma como propia. “Los códigos de ética judicial, elaborados por quienes han de ser sus propios destinatarios están así mismo en mejores condiciones de cumplir más acabadamente su fin, a saber: fortalecer la confianza de la población en la justicia, confianza que resulta necesaria para el funcionamiento de un Estado democrático de derecho.”<sup>190</sup>

También es importante una revisión continua, en cuanto conviene desarrollar una conciencia institucional basada en lo que Norberto Bobbio denomina la *ética del laberinto* en la que, de antemano conocemos que existe una salida y un procedimiento para llegar a ella; no obstante, al entrara en un laberinto, empezamos por elegir azarosamente caminos que,

---

189 José Campillo Sainz, *Introducción a la Ética Profesional del Abogado*, México D.F. Porrúa, 2005, p. 21.

190 Stefanie Ricarda Roos y Jan Woischnik, *Códigos de Ética Judicial*, Montevideo, Konrad Adenauer- Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2005, p. 49.

aunque fueren incorrectos, permiten aprender de lo sucedido y a evitar tomar ese camino nuevamente, este proceso de prueba-error nos permitirá perfeccionar el sistema adoptado, cualquiera que este fuese.

Otro punto a considerar y que debe ser materia de un profundo debate, se relaciona con la eventual tipificación de infracciones morales y el establecimiento de sus correspondientes sanciones, toda vez que esta materia está regida transversalmente por el *principio de legalidad* o principio de reserva de ley, según lo reconoce el artículo 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y artículo 14, número 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; sin perjuicio de constar en casi todos los regímenes de derecho interno.

La falta de competencia para tipificar infracciones, así como para establecer las respectivas sanciones puede ser superada si se opta por un sistema focalizado en medidas reparativas y expresiones institucionales de censura;<sup>191</sup> pero en ningún caso, franquea la posibilidad de fijar penas en sentido estricto. Las medidas reparativas pueden ser muy variadas y dependen de la falta en la que se incurrió; así como el daño causado; de ahí que tampoco pueden ser taxativamente consideradas.

Resultaría conveniente que, en caso de optar por la creación de un tribunal de ética, se considere, entre sus miembros a personas legas, pero de alta respetabilidad,<sup>192</sup> coincidiendo en parte con Hobbes en cuanto aboga porque todas las juezas y jueces juzguen en equidad toda vez que él entendía que la equidad “en la ley de la razón.”<sup>193</sup> Por otra parte, podría pensarse en desarrollar procesos internos reservados, a fin de precautelar el buen nombre de servidoras y servidores injustamente acusados, evitando así que el escándalo mediático empañe carreras intachablemente, construidas a través de años.

---

191 Este tipo de medidas correctivas adaptadas a las consecuencias del acto dañoso han sido establecidas en otros códigos de ética, como por ejemplo en el Código de Ética Judicial de la provincia de Córdoba-Argentina.

192 En ocasiones, la práctica judicial o el ejercicio profesional del abogado litigante hace que el sentido común vaya perdiendo cada vez mayor espacio en la toma de decisiones jurídicas; lo cual nos recuerda al mito de Protágoras, en el que cuenta que Prometeo cuando terminó de distribuir las facultades necesarias para alcanzar la felicidad de los seres humanos, se dio cuenta que a esta especie le faltaba *eubolia* que no es otra cosa que la cordura para tomar decisiones comunes, por lo que la paz nunca habría de reinar entre ellos.

193 Thomas Hobbes, *Diálogos entre un filósofo y un jurista*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 24-25.

Con lo hasta aquí desarrollado, podemos enunciar algunos de los principios, por haber sido generalmente aceptados por los códigos deontológicos modelo, como el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, dictado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Santo Domingo, República Dominicana, en junio de 2006 o el Estatuto del Juez Iberoamericano (Tenerife, 2001), sin antes advertir que la identificación de principios es la base fundamental en la elaboración de todo código deontológico, toda vez que las reglas que lo desarrollarán; así como los modelos institucionales escogidos, son únicamente derivaciones de estos postulados mayores. Entre los principios más importantes, tenemos:

Recordando las cuatro virtudes cardinales aristotélicas desarrolladas en su *Ética para Nicómaco*<sup>194</sup> podemos mencionar a la justicia, la fortaleza, la prudencia y la templanza.

La *justicia*, superando la clásica concepción de dar a cada uno lo que le corresponde, podemos decir que un tribunal es justo, cuando evita o sanciona el abuso del derecho por parte de alguien, a la vez que tutela efectivamente el derecho de todos, adoptando para el efecto medidas necesarias, idóneas y proporcionales, de acuerdo con el conflicto jurídico del que se trate.

La *fortaleza* se encuentra en la inquebrantable voluntad de servir al derecho y a la justicia, aún cuando pudiesen surgir tentaciones ante la promesa de beneficios económicos o políticos que son ofrecidos a cambio de consumir alguna injusticia.

La *prudencia*, siendo la madre de todas las virtudes según el propio Aristóteles, consiste en encontrar la medida exacta y conveniente entre los derechos que se tutelan a plenitud y aquellos que seden para

---

194 “Es, pues, la virtud hábito voluntario, que en respecto nuestro consiste en una medianía tasada por la razón y como la tasaría un hombre dotado de prudencia; y es la medianía de dos extremos malos, el uno por exceso y el otro por defecto; asimismo por causa que los unos faltan y los otros exceden de lo que conviene en los afectos y también en las acciones; pero la virtud halla y escoge lo que es medio. Por tanto, la virtud, cuanto a lo que toca a su ser y a la definición que declara lo que es medianía, es cierto la virtud, pero cuanto a ser bien y perfección, es extremo.” Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, versión electrónica de libre consulta, disponible en: [leerlibrosonline.net/etica-a-nicomaco-aristoteles/](http://leerlibrosonline.net/etica-a-nicomaco-aristoteles/) p. 41 (fecha de consulta: 05-09-2013).

armonizarse con los primeros. La prudencia se identifica con el juicio de proporcionalidad, en cuanto equilibra pretensiones jurídicas legítimas pero contrapuestas. “Esta virtud de la prudencia es la que en cada caso da la medida de las otras virtudes, especialmente de la justicia.”<sup>195</sup>

La *templanza* tendría que ver con la intolerancia e inflexibilidad ante lo incorrecto, lo injusto, lo inmoral; así como la implacable lucha contra la impunidad.<sup>196</sup>

Estas virtudes cardinales se entretrejen con otros principios que buscan elevar los niveles de prestigio y confianza en la autoridad por parte de sus colegas, colaboradores, sujetos políticos y con la ciudadanía en términos generales.

Entre los principios más relevantes podemos citar: *conciencia funcional*, a la que nos hemos referido insistentemente; *Independencia*; lo cual no puede equipararse a aislacionismo. La independencia se basa en el sometimiento únicamente al derecho y a la justicia; de hecho, una de las estrategias más importantes para evitar la injerencia partidista, a la vez que incrementa la confianza en la jueza o juez es la coherencia en sus decisiones. Un manejo técnico de un sistema de precedentes jurisprudenciales y la consolidación de sus líneas, en base a criterios estables y satisfactoriamente motivados que permitan que la autoridad jurisdiccional desarrolle un escudo de estabilidad decisional, ante la inestabilidad pendular que caracteriza a la política y a la alternancia en el ejercicio del poder. Por otra parte, “la confianza pública en el judiciary es esencial para mantener la independencia judicial que pone en vigor el estado de derecho...”<sup>197</sup>

En cuanto a la *Imparcialidad*, la autoridad encargada de administrar justicia no puede guiar sus decisiones llevada por los afectos o desafectos que tuviere respecto de alguna de las partes procesales.

---

195 Javier Solano Ayala, “Algunas exigencias fundamentales de la Ética Judicial”, p. 10, versión electrónica de libre acceso, disponible en: [www.justiciaslanluis.gov.ar/.../...%5Carchivos%5Cacad...](http://www.justiciaslanluis.gov.ar/.../...%5Carchivos%5Cacad...) (fecha de consulta, 06-09-2013).

196 Tomás de Aquino amplía un poco la clasificación aristotélica de virtudes intelectuales y virtudes morales; no obstante, por su alto contenido religioso y trascendental, no será considerado en este trabajo.

197 Jeffrey M. Sharman, *Ética Judicial: independencia, imparcialidad e integridad*, Washington, Departamento de desarrollo Sostenible-División de Estado, Gobernabilidad y sociedad civil, p. 9.



La *capacitación permanente* de todo el personal es la única forma de estar a la altura de los desafíos presentes y futuros. La comunidad demanda, y con razón, que las personas más calificadas en todas las ramas del conocimiento sean quienes ejerzan las máximas dignidades públicas; de ahí que, la capacitación marca la diferencia entre un buen juez y un cada vez mejor juez. Pero, como el conocimiento es una herramienta con la que se puede favorecer a una administración de justicia electoral más eficiente y garantista, también podría perfeccionarse formas más sofisticadas de corrupción, de tráfico de influencias y otros actos indebidos; Es por ello que, el juez perfecto, por sobre cualquier consideración, debe ser *honesto*.

Por otra parte, se requiere que una jueza o juez capacitado y coherente con sus más elevados criterios de justicia y servicio a la comunidad; se trata pues de una autoridad *diligente*, que no haga lo mínimo exigido por la Constitución y la ley, necesitamos juezas y jueces comprometidas con la consecución del buen vivir, desde todas las ramas del quehacer público; por lo que, la desidia y la apatía deben ser funcional y socialmente censurable.

En este sentido, una servidora o servidor público que conozca sus obligaciones éticas, que cuente con destrezas para ejecutarlas y la firme determinación para desarrollar su actividad profesional dentro de los máximos niveles de “lo bueno”, tiene que saber trabajar en equipo, ser *afable*, *humilde* respecto a lo que sabe y *generoso* para compartirlo; para el cual, es necesario que se adopten medidas que favorezcan a crear un ambiente laboral caracterizado por la cortesía y el respeto recíproco, evitando las barreras que colocan las odiosas consideraciones de jerárquicas; y mucho menos, prejuicios de tinte racistas, sexistas, misóginas, homofóbicas, intolerancias religiosas, políticas o cualquier otra forma de discriminación basado en características accidentales de las personas; de ahí que, toda forma de discriminación tiene que ser reprimida con severidad.

Por otra parte, la calidad de servidora o servidor público no se suspende con la finalización de la jornada laboral sino que se transporta con el dignatario, en todo momento; razón por la cual, *el decoro* se presenta una exigencia inherente a la dignidad de jueza o juez y para los

demás funcionarios; aún más si se considera que el capital político de la jueza o juez se sustenta exclusivamente la confianza y reconocimiento público de su probidad y sabiduría. En base a esto, poco respeto inspirará una autoridad abandonada a los vicios y a los excesos mundanos, por más brillante que esta fuere al omento de cumplir con sus obligaciones oficiales.

A las virtudes funcionales señaladas agregaría aquella que tiene que ver con el *secreto profesional*, ya que poco bien le hace a la imagen institucional el hecho que una jueza o juez divulgue información privada que hubiere llegado a su conocimiento, en virtud del ejercicio del cargo. Actos como estos, no solo afectan la honra, la intimidad y el buen nombre de las personas; sino que además mengua la confianza social en la institución, deslegitima el ejercicio de esta potestad pública, bajo un contexto democrático.

Una tarea pendiente de los programas educativos del derecho es hacer una reorientación de sus estilos y contenidos para fomentar que su enseñanza sea acorde con las necesidades de una política pública democrática. Todas las estructuras jurídicas, definiciones y doctrinas se deben enseñar, evaluar y recrear en términos de los valores democráticos y de los objetivos sociales señalados en la Constitución.<sup>198</sup>

En definitiva y a manera de conclusión, el desarrollo vivencial de un código deontológico es un compromiso para con la comunidad, la misma que retribuye legitimando el accionar de sus autoridades, pero también es un compromiso de excelencia, en la que todas y todos estamos llamados a ser mejores y a desarrollar a plenitud un plan de vida personal, libremente elegido y sin otra exigencia que la vocacional.

Por ello, es importante mirar casa adentro e identificar mecanismos que permitan que las personas se sirvan de la institución para alcanzar la máxima expresión de su profesionalismo, a la vez que actúen como medios para que la institución alcance el mayor grado de solidez que le fuere

---

198 Carlos Ríos, "La Literatura y el Cine como herramientas para la formación ética de los jueces" en *Revista Isonomía* No. 22, México D.F., Universidad Iberoamericana, 2005, p. 208.

posible, en términos funcionales, administrativos y políticos, atendiendo a uno de los ocho principios éticos identificados por Aurelio Fernández, en relación a las moral política; según el cual, “el bien particular y el bien común no se contraponen...”<sup>199</sup> y muchas veces, como ocurre en el campo institucional, muchas veces el bien particular y el institucional, se confunden.

---

199

Jaime Baquero, *Ética para Políticos y Juristas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 134.

## BIBLIOGRAFÍA

Alexy Robert, “La fórmula del peso” en: Carbonell, Miguel edit., *El Principio de proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, versión electrónica de libre consulta, disponible en: [leerlibrosonline.net/etica-a-nicomaco-aristoteles/](http://leerlibrosonline.net/etica-a-nicomaco-aristoteles/)

Atienza Manuel, “Ética Judicial: ¿Porqué no un Código de Deontológico para jueces?” en *Revista Jueces para la Democracia*, número 46, marzo de 2003.

Barberis, Mauro, *Ética para Juristas*, Madrid, Trotta, 2008.

Jaime Baquero, *Ética para Políticos y Juristas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009

Bobbio, Norberto, *De senecture y otros escritos biográficos*, Madrid, Taurus, 1997.

Campillo Sainz, José, *Introducción a la Ética Profesional del Abogado*, México D.F. Porrúa, 2005.

Díaz Elías, *Ética contra Política*, Madrid, Fontamara, 2s. reimpresión, 2004.

Díaz Romero Juan, “El A, B, C de la Deontología Judicial”, versión electrónica de libre acceso, disponible en: <http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/alabc.htm>

Haba, Enrique P., “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial”, en *Revista DOXA* No. 25, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Epigraifc, 1989.

Habermas Jurgen, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Madrid, Paidós, 1998.

Thomas Hobbes, *Diálogos entre un filósofo y un jurista*, Madrid, Tecnos, 1992.

Nieto, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010.

Peces-Barba, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho*, Madrid, Fontamara, 1ª reimpresión, 2004.

Roos, Stefanie Ricarda y Woischnik, Jan *Códigos de Ética Judicial*, Montevideo, Konrad Adenauer- Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2005.

Ríos, Carlos, “La Literatura y el Cine como herramientas para la formación ética de los jueces” en *Revista Isonomía No. 22*, México D.F., Universidad Iberoamericana, 2005.

Ruiz Pérez, Joaquín, *Juez y Sociedad*, Bogotá, Temis, 1987.

Rumoroso Rodríguez, José Antonio, “La imparcialidad y el Código Iberoamericano de Ética Judicial”, *Revista de Filosofía No. 39*, Rioja, Universidad de Rioja, 2011

Luis Vigo, Rodolfo, *Ética y Responsabilidad Judicial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

Solano Ayala, Javier “Algunas exigencias fundamentales de la Ética Judicial”, p. 10, versión electrónica de libre acceso, disponible en: [www.justiciasanluis.gov.ar/.../..%5Carchivos%5CAcad...](http://www.justiciasanluis.gov.ar/.../..%5Carchivos%5CAcad...)

Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la Ética de la Verdad*, Madrid, Trotta, 2010.



## IV

# ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

**Diego Zambrano Álvarez**

### **1. Acuerdos Conceptuales**

En términos generales, argumentar es una acción intelectual que realiza cualquier persona que actúa como parte de un diálogo o debate, en la que toma posición por una de las formas de responder a una situación problemática, sustentando las razones que le darían prelación frente a otras, por su factibilidad y eficacia. El proceso mental argumentativo permite sostener una tesis y compartir con los demás elementos que le dan validez racional a sus afirmaciones, a fin de buscar adhesión o aceptación general de los postulados expuestos.

Así, la argumentación es una forma de comunicación humana, de naturaleza dialógica en la que, al menos dos personas entablan una relación discursiva tendiente a una conclusión aceptable por las y los participantes. Los fines de la argumentación son variados de acuerdo con el tipo de actividad en la que se presente. En el diálogo científico, la pretensión argumentativa será conocer la verdad; en el ámbito jurídico, será la de persuadir, justificar y demostrar razonamientos falaces de sus contrincantes para posicionar una idea o razonamiento como el mejor

posible. De ahí que, la actividad argumentativa se sitúa en la esfera de la razón práctica, pese a que su metodología de construcción y de verificación no se sustenta precisamente en un método científico.

Para transmitir un pensamiento capaz de resolver aspectos conflictivos, en términos conceptuales o pragmáticos, es indispensable construir razonamientos sólidos, pertinentes, convincentes e impecablemente lógicos, que pueda ser comprendido, reproducido y defendido por los demás. De ahí que, toda forma de argumentación, inclusive la argumentación jurídica y política, desde su concepto más incipiente es una técnica discursiva que comparte este elemento esencial con todo tipo de discurso académico, periodístico, formal o informal; para lo cual, cabe decir que su materia prima principal, básica e indispensable es el sentido común, a veces atenuado por el excesivo tecnicismo y formalismo que generalmente rodea a la construcción de alegatos y sentencias.

La argumentación jurídica, pese a compartir una matriz discursiva con las demás manifestaciones del pensamiento práctico, se encuentra condicionada y restringida por reglas y principios socialmente aceptados como válidos, vigentes y exigibles, que gozan de la particularidad, casi exclusiva, de coercitividad.

Claramente, estas reglas y principios jurídicos no están dispersos ni pueden ser comprendidos o analizados como preceptos insulares desconectados unos de otros; por el contrario, toda manifestación jurídica se inserta dentro de un contexto normativo concreto, que no responde a ninguna génesis naturalista o anterior a la persona; se trata de un artificio de la cultura, construcción humana socialmente aceptada como prescriptiva, que son producto de la evolución e involución del pensamiento político e ideológico dominante, objetivos políticos e intereses de sectores sociales que, por cualquier razón histórica, alcanzaron una posición social preponderante y lograron hacer prevalecer sus doctrinas, por sobre las demás. Por ello, el que tenemos no es el mejor modelo de racionalidad<sup>200</sup>

200 Por ejemplo, en la estructura lingüística de los idiomas latinos como el español o el inglés, el sujeto y el objeto están separados por el verbo, lo que demuestra una división de lo humano y lo no humano, así como una relación en la cual, el objeto cobra importancia en tanto cumpla un rol, en función del sujeto. En contraposición, idiomas andinos como el kichwa, el verbo inicia la oración y como tal, relaciona a objeto y sujeto en una función de interdependencia. Esta separación entre ser humano y naturaleza podría explicar la actitud irrespetuosa de nuestras sociedades, respecto del medioambiente y el surgimiento de movimientos como los *ecofeministas* que consideran que el ser humano es parte de un sistema natural y no la especie



jurídica, sino de un sistema diseñado desde el poder político. El tecnicismo que reviste al derecho podría ser una muestra del elitismo excluyente del sector dominante, en cuanto coloca en terminología poco comprensible, situaciones explicables por medio del lenguaje común.

Para Robert Alexy "...la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras. Entre estas, se debe mencionar especialmente a la sujeción a la ley, la obligada consideración a los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como –lo que no concierne, sin embargo, al discurso científico-jurídico- las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal."<sup>201</sup>

Al respecto, la constitución ecuatoriana en su artículo 82, establece que el principio de seguridad jurídica se basa: "...en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes." Los elementos expuestos en esta norma dan luces en nuestro afán de identificar los puntos neurálgicos de una argumentación aceptable, de acuerdo con nuestra Constitución.

En este sentido, toda forma de argumentación jurídica debe tener, como premisa, a una norma jurídica. Estas normas son de diversas estructuras lingüísticas y de diferentes jerarquías, lo que las hace susceptibles de interpretación y redefinición constante.

La o el jurista, desde esta dimensión argumentativa, no le basta con conocer los diseños de la norma, su contenido gramatical y la referencia constitucional o legal correspondiente; la esfera cognoscitiva y su atención en la academia es apenas una de las facetas del derecho,

---

llamada a dominar el planeta. "Aquel rol de la mujer como intermediaria entre el medioambiente y la sociedad, en relación con los agro-ecosistemas como la provisión de agua segura, provisiones de combustible y la cuestión asociada de manera cerca a la sanidad. (...) Como de manera general, un mejoramiento de la situación de las mujeres puede traer una reducción de la mortalidad y morbilidad al igual que una mejor regulación de la fertilidad y por tanto el crecimiento de la población, lo cual sería beneficioso para el medio ambiente, y en últimas, para las mujeres, niños y hombres." Informe de la Conferencia Mundial para revisar y evaluar los Logros de la década de las Naciones Unidas de las Mujeres, Igualdad, Desarrollo y Paz, Nairobi, desarrollado entre el 15 y el 26 de julio de 1985, párrafo 28, disponible en: [http://www.5wwc.org/downloads/Report\\_of\\_WCW-1985.pdf](http://www.5wwc.org/downloads/Report_of_WCW-1985.pdf) (fecha de consulta: 21-12-2012). Sobre la racionalidad expresada en las estructuras lingüísticas latinas y andinas, ver Josef Estermann, "La Racionalidad Indígena" en: *Filosofía andina*, Quito, Abya-Yala, 1998, pp. 85-110.

201 Robert Alexy. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 35-36.

aspecto de la formación jurídica a la que nuestros centros de estudio le dan mayor importancia pero que no diferencia al jurista de cualquier otra persona que es capaz de leer la norma y comprenderla.

No es lo mismo saber de leyes, que ser jurista, aunque atávicos aforismos como el “*dura lex*” subsista entre algunas juezas y jueces. El conocedor de la ley aprende, memoriza, ubica; el jurista razona, crea, justifica, argumenta; por el contrario, el conocedor de la ley no es más, que un eficiente buscador de artículos. Estas dos formas de entender al conocimiento jurídico coinciden con la clasificación aristotélica entre virtudes intelectuales y virtudes morales. Las virtudes intelectuales son las que permiten conocer el bien, en tanto que las virtudes morales permiten desearlo y dirigir la actuación humana para conseguirlo.<sup>202</sup>

Desde el punto de vista *formal*, la validez de la norma está dada por la autoridad que la dictó y el cumplimiento de procedimientos reglados por otras normas jurídicas. La formalidad busca una respuesta sobre quién dictó la norma y cómo lo hizo. Desde el punto de vista del *fondo*, la norma jurídica es válida, si es armónica con los principios centrales del ordenamiento jurídico en general. Este aspecto no alude al quién, ni al cómo; sino al qué se está legislando, juzgando o administrando.

En el caso de ecuatoriano, el artículo 11, número 9 de la Constitución establece que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...”; de esta manera, es el propio sistema normativo el que establece un punto de partida, que es el cumplimiento de las formalidades propias de la norma; así como, el punto de llegada en el que la plena garantía de los derechos es el faro que guía toda decisión estatal.

Ante la inobservancia de cualquiera de estas dos fuentes de validez, el sistema establece mecanismos de *autotutela constitucional*, al prever la posibilidad de que al Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma por la forma o del fondo;<sup>203</sup> sin perjuicio del control previo

---

202 Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, disponible en [www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf](http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf) (fecha de consulta: 01-ago-2013).

203 Constitución de la República, artículo 436, número 2 (parte pertinente) “La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.”

de constitucionalidad que, en el caso ecuatoriano lo realiza la Presidenta o el Presidente de la República cuando un proyecto de ley es puesto en su conocimiento para su sanción o veto.

Otro de los principios transversales del ordenamiento jurídico ecuatoriano, que sirve como criterio guía de interpretación de las normas y que actúa como uno de los principios que dirigen las actuaciones de la Función Electoral es el de equidad de género; criterio que se interpreta a la luz del principio de igualdad formal y material. En palabras de Judith Salgado, “precisamente si entendemos que el género es la construcción social de la diferencia sexual y que dicha construcción ha definido relaciones de poder asimétricas entre hombres y mujeres, la igualdad reconocida en la ley no basta para que en las relaciones sociales concretas podamos efectivamente gozar de igualdad.”<sup>204</sup>

Para ello, el citado artículo 11 demanda que todo estamento público adopte medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real, en favor de personas que se encuentran en situación de desigualdad. Desde el punto de vista jurisdiccional, las medidas de acción afirmativa, más que un permiso, es un imperativo para que la jueza o juez interprete y aplique la norma considerando posibles situaciones de desventaja en la que tradicionalmente se han encontrado sectores sociales, con el fin último de hacer justicia en la práctica. “Por eso es que las desigualdades entre los sexos no se pueden rectificar si no se tienen en cuenta los presupuestos sociales que han impedido la igualdad, especialmente los efectos ha generado la división ámbito privado=femenino y ámbito público=masculino.”<sup>205</sup>

En este sentido, la Constitución no sugiere, exige, que la jueza o al juez, en los casos que fueren necesarios, traten diferente a los formalmente iguales, cuando existen asimetrías que impidan a una de las partes ejercer o hacer respetar sus derechos.

---

204 Judith Salgado. “Género y Derechos Humanos” en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares Comp., *El género en el Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009, p. 174.

205 Marta Lamas. “La Perspectiva de Género”, en Revista de Educación y Cultura de la Sección 47 del SNTE, p. 2, disponible en <http://www.latarea.com.mx/articu/articu8/lamas8.htm> (fecha de consulta 22-jul-2013).

La aplicación diferenciada de una norma jurídica, al introducir en la argumentación una perspectiva de género, es posible a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando fuere necesario para proteger a personas que necesitan de estas medidas especiales. La Corte Interamericana, en su Cuarta Opinión Consultiva, expone: “No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia...”<sup>206</sup>

Una distinción entre personas, para la aplicación de normas neutrales, basada en criterios razonables y objetivos legítimos, empleando medios proporcionales al fin que se persigue<sup>207</sup> es lo que haría que la jueza o juez, no solo esté obligada u obligado a adoptar medidas diferenciadas, es indispensable que justifique suficientemente la necesidad, la razonabilidad y la eficacia de la decisión adoptada. Esto implica, incorporar la perspectiva de género al razonamiento judicial para lograr efectos equitativos, en situaciones concretas.

Definitivamente, la razonabilidad y la objetividad de la aplicación diferenciada de la misma norma, a personas que se encuentran en igual situación jurídica tiene que estar suficientemente justificada por la autoridad; es decir, su argumentación jurídica demostrará fehacientemente que ha dado cumplimiento de este estándar internacional; para lo cual, tendrá que justificarse argumentativamente. Lo contrario, aún cuando la intención y hasta el efecto fuese positivo en términos de equidad, la resolución será arbitraria.

Naturalmente, la justificación de una decisión judicial que distinga entre personas, tiene que apoyarse en criterios extrajurídicos o *justificación externa*. Muchas veces, estas justificaciones producen temor en nuestras autoridades jurisdiccionales puesto que fallar en contra de ley expresa, constituye un delito de prevaricato, figura penal que, junto al juicio político, actúa como una espada de Damocles y asegura la omnipresencia del legislador, concepto que ha sido relativizado por las concepciones jurídicas contemporáneas.

---

206  
207

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-4/84*, párr. 56-57.  
Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics*, No. 35/1978, párr. 92.

En otro orden de cosas, la acción de interpretar y aplicar una norma jurídica no es patrimonio exclusivo del juez, aunque esta actividad sea inherente a su cargo. Sin embargo, toda persona que tenga la capacidad de leer o escuchar y entender el texto de una norma tiene la capacidad de interpretarla y formarse un criterio en cuanto a la forma de aplicarla. Por ello, lo que distingue a la actividad judicial es que la interpretación que hace del derecho, la realiza en ejercicio de una potestad soberana que emana del pueblo; a quien representa al momento de administrar justicia; y como tal, tiene la obligación de rendirle cuentas.

Desde este punto de vista, la actividad argumentativa de juezas y jueces cumple una función justificativa, frente a su mandante; de ahí que, según Parelman, la jueza o juez no escribe su sentencia para que sea conocida solamente por las partes procesales, peor aún para quien ejerce su representación profesional, la sentencia, dentro de un paradigma democrático, se dirige a toda la comunidad por ser titular de la potestad pública de administrar justicia, en cuyo nombre actúa; no obstante, al no recibir su investidura mediante sufragio universal, la jueza y el juez, con cada acto jurisdiccional promueve su legitimación funcional, en la medida en que es capaz de resolver conflictos reales, haciendo imperar la justicia y la vigencia real de los preceptos constitucionales y legales.

Por ello, la argumentación jurídica se relaciona con la democracia, por lo menos, de dos formas. La primera, porque justifica las razones por las que se adopta tal o cual decisión a nombre del pueblo y se hace prevalecer voluntad democrática expresada por medio de la constitución y la ley<sup>208</sup>; en segundo lugar, la actividad argumentativa judicial es democrática porque solo en estos sistemas, el ejercicio de una potestad pública está sometido a control social. Solo en un sistema democrático, en el que se reconocen y garantizan derechos fundamentales de participación, como el de fiscalizar los actos del poder público, es indispensable que la autoridad justifique las decisiones que adopta, reconociendo con dignidad que “los jueces son (con el legislador) quienes hacen la Justicia *creándola* bien o mal

---

208 “...desde puntos de vista más o menos ligados a la herencia de la Revolución, advertían la necesidad de buscar un fundamento que permitiese individuar *un núcleo fundamental estable* en la experiencia política postrevolucionaria, sustraído por naturaleza a la fuerza corrosiva de la lucha política, a la influencia directa de las fuerzas y de los intereses particulares, y así a la ilimitada y permanente soberanía del pueblo que el mismo constitucionalismo temía desde siempre.” Maurizio Fioravanti. *Constitución: de la antigüedad a nuestro días*, Madrid, Trotta, 2007, p. 134.

en una sentencia [...] En la actividad jurisdiccional obra un componente voluntarista, decisionista que es su principal característica”.<sup>209</sup>

Ahora bien, a diferencia de lo expuesto por Ronald Dworkin cuando desarrolla su parábola del “juez Hércules”,<sup>210</sup> en temas de Derecho puede admitirse más de una respuesta correcta. Representando a esta tesis, Gustavo Zagrebelsky sostiene que “las palabras son instrumentos de comunicación abiertos a la interpretación y a las posibilidades de interpretación son más amplias cuanto mayor es el número de las leyes y cuanto más generales y menos rigurosos son los términos en las que están formuladas. Por tanto, observando el derecho legislativo, las soluciones que él permite son normalmente más de una.”<sup>211</sup> Con similar criterio, Manuel Atienza demuestra que aún en sistemas democráticos, la visión formalista del Juez es antagónica con una teoría de argumentación jurídica, por cuatro razones fundamentales:

- a) El énfasis en el análisis estructural del Derecho es contrario a la función de control social que Kelsen dio al Derecho; de ahí que, no puede existir una *teoría pura* del derecho, sino un marco normativo apoyado en ciencias sociales como la sociología<sup>212</sup>.
- b) Los criterios de validez de las normas se centran en cadenas de autoridad desplegadas desde la norma hipotética fundamental, más no, de un análisis racional que considere un fin político y ético identificable a través del texto normativo que tiene que ser interpretado como parte de un sistema. Bajo esta perspectiva, se cumple con criterios de validez formal pero no se atiende al valor sustancial de los enunciados normativos.
- c) El formalismo entiende al derecho como una ciencia cuyo objeto de estudio es conocido e interiorizado; no obstante, los que entendemos al derecho como una técnica, no podemos abstraernos de su dimensión

---

209 Alejandro Nieto, *El malestar de los Jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, p. 188.

210 Robert Alexy, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, ponencia presentada por el Autor en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídica, San Sebastián, septiembre, 1988, p. 140; disponible en [www.spencer.adv.br/...iversidades/Alexy-Sistema...](http://www.spencer.adv.br/...iversidades/Alexy-Sistema...) (fecha de consulta: 04-ago-2013).

211 Gustavo Zagrebelsky. *Contra la Ética de la Verdad*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 99-100.

212 Para ampliar este concepto, recomiendo la lectura de Diego López Medina. *La Teoría impura del derecho*. Bogotá, Legis, 2009, capítulo cuarto.

práctica, en cuanto a su efectividad en el cumplimiento de objetivos predeterminados por el constituyente; de ahí que, el derecho debe ser entendido como una técnica, cuya utilización adquiere sentido, en función del efecto que produce, más no en la sola sabiduría de sus preceptos.

Enrique Haba caracteriza con meridiana claridad la forma, un tanto irresponsable y poco comprometida, de una jueza o juez formalista, cuyo razonamiento estrecho sería:

“Lo de las consecuencias ¡eso no me incumbe a mí! La decisión a que llego en la sentencia, y las razones en que me fundamento, nada de eso lo he decidido yo mismo, me lo impone indefectiblemente lo establecido al respecto en el dominio soberano [cielo] de las ‘verdades jurídicas’ jurídicas, del cual simplemente soy oyente atento y servidor leal’ - Así el juez se lava las manos en cuanto a los efectos reales de sus fallos. [por razones como estas] el normativismo es una trampa para la razón práctica.”<sup>213</sup>

- d) Finalmente, el minimalismo formalista separa radicalmente la actividad creadora del derecho, de su función aplicativa, sin considerar que las juezas y los jueces, aún desde una perspectiva legalista crean derecho cuando, por ejemplo, recurren a interpretaciones análogas o *a contrario*, técnica ampliamente aceptada para el legalismo jurídico.<sup>214</sup>

Alejandro Nieto reconoce la dimensión creadora del juez y su relevancia en términos sistémicos, al decir: “...los jueces son (con el Legislador) quienes hacen la Justicia *creándola* bien o mal en cada sentencia, puesto que no se limitan a ejecutar las leyes o instrucciones superiores, como hacen los demás empleados públicos. En la actividad jurisdiccional obra un componente voluntarista, decisionista, que es su principal característica.”<sup>215</sup>

---

213 Enrique P. Haba, “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial” en *Revista DOXA*, No. 25, Alicante, Espagrafic, 1989, p. 51.

214 Manuel Atienza. *El Derecho como Argumentación*, México, Fontamara, 2005, pp. 91-92.

215 Alejandro Nieto. *El malestar de los Jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, p. 188.

Ante una gama de posibilidades, la jueza o el juez elige aquella que axiológicamente considera la más adecuada; es decir, optaría por la decisión que garantiza con mayor eficiencia los derechos fundamentales y buscaría garantizar la vigencia efectiva de los principios pétreos de la Constitución, como un camino consensuado hacia la consecución de la justicia. Giorgio del Vecchio sostiene que lo único que es esencial al concepto de derecho es la noción de justicia, más no su positividad formalista.<sup>216</sup>

En pocas palabras, cuando el Ecuador se declara como un estado constitucional de derechos y de justicia; adopta la fórmula que sintetiza Ramiro Ávila, al decir: “...en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio.”<sup>217</sup>

En definitiva, y sin querer adelantarme a una definición, podría decirse que la argumentación en general, y la argumentación jurídica, es un proceso instrumental, derivado de la razón práctica que persigue objetivos específicos, condicionados y objetivamente predeterminados por la Constitución, que es su premisa esencial.

En este contexto, si bien la razón jurídica está condicionada, en su punto de partida, por la norma; y en su punto llegada, por los objetivos políticos fundamentales de equidad, la argumentación jurídica exigida al juez actúa como un vínculo intelectual, lógico y persuasivo, cuya función principal consistiría en armonizar estos dos momentos de la *praxis* jurídica, bajo un lazo de la racionalidad y de honestidad intelectual.

En suma, pese a la infinidad de acepciones existentes en doctrina, para efectos de este trabajo, entenderemos por argumentación jurídica a una técnica discursiva, limitada por reglas y principios jurídicos formal y sustancialmente válidos, cuya finalidad es la de justificar una decisión dictada por una autoridad competente, dentro de un sistema democrático, en el que el pueblo soberano elige a sus representantes, pero reserva para sí, la capacidad de fiscalizar las actuaciones que los representante realizan en su nombre.

---

216 Giorgio Del Vecchio. *Persona, Estado y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos Políticos, 1957, p. 156.

217 Ramiro Ávila Santamaría, “Los Principios de Aplicación de los Derechos” en: *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 3, 2008, p. 26.



## 2. Motivación

### 2.1.- Interpretación jurídica de las normas

De conformidad con el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República del Ecuador “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.” En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la motivación de una sentencia: “...es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”<sup>218</sup>

De la norma citada, se desprende que motivar, desde su acepción más básica, consiste en razonamientos condicionado por la vigencia y pertinencia de la aplicación de normas jurídicas, a la luz de hechos, sometidos a juzgamiento de una autoridad competente, en razón del territorio, de la materia, de los grados y de las personas.

Desde otro punto de vista, la relevancia de la motivación en la adopción de decisiones jurisdiccionales es una exigencia del derecho fundamental de petición y del derecho a recibir respuestas motivadas al respecto. Asimismo, la obligación de motivar es una garantía inherente al derecho a la defensa, por dos razones principales. La primera expone que una adecuada motivación permite que la persona afectada por una decisión de autoridad conozca las razones en las que se sustenta su pronunciamiento, lo que permite que la ciudadanía ejerza su derecho a recurrir ante una instancia superior ante la que expondrá los motivos por los que considera que el fallo no ha sido adecuadamente dictado. Esto permite que el superior cuente con mayores elementos de juicio que le permitan resolver con mayor solvencia. La Corte Constitucional ecuatoriana sostiene que “...es menester de las autoridades justificar

---

218

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez. Vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C. No. 170, párr. 107.

y exponer los fundamentos en los que se basa su resolución, siendo la motivación un elemento central de las garantías del debido proceso.”<sup>219</sup>

Lo cierto es que, una motivación adecuada permite que la ciudadana o ciudadano incorpore nuevas razones jurídicas al debate, de tal forma que pueda revocar la resolución que le afecta; o por el contrario, darle mayor fuerza, ante la eventual ratificación del fallo. Así, una adecuada motivación, dentro de un modelo constitucional de derechos, es una garantía procesal fundamental que permite a la ciudadanía acudir a una instancia superior, defender sus derechos, y disminuir la posibilidad de actuaciones arbitrarias por parte de juezas y jueces de primer nivel.

Por otra parte, una adecuada motivación también es una garantía de control de *logicidad* porque la segunda instancia, revisa y garantiza que las decisiones del poder público sean adoptadas con respaldo de las reglas de la lógica formal e informal; caso contrario, se puede impugnar y demostrar que el fallo se sustenta en razonamientos falaces que inciden en el ejercicio de derechos de la persona afectada. La actividad jurisdiccional “...concentra toda la racionalidad de la moralidad pública, para organizar al poder y equilibra el protagonismo de este poder en la creación del Derecho positivo.”<sup>220</sup>

Así también, se deja a salvo un mecanismo de defensa del ordenamiento jurídico, frente a posibles decisiones incoherentes con la defensa de objetivos sistémicos insertos en sistema constitucional, transportando su contenido axiológico desde la cima de la pirámide, hasta su base, en cuanto los principios tienen, por misión, guiar toda forma de interpretación y aplicación del derecho; para Robert Alexy “...los principios son *mandatos de optimización*. [y] Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.”<sup>221</sup>

---

219 Corte Constitucional (Ecuador), *Sentencia No. 223-12-SEP-CC*, Caso No. 0834-09-EP, (R.O.S No. 777; 29-08-2012.

220 Gregorio Peces-Barba. *Ética, Poder y Derecho*, México, Fontamara, 2004, p. 89.

221 Robert Alexy “La fórmula del peso” en: Miguel Carbonell edit., *El Principio de proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 14.

Siguiendo con el estándar constitucional, el primer elemento a considerar en la red argumentativa, es la enunciación expresa de las normas jurídicas; las mismas que actúan en calidad de premisa mayor. Estas normas jurídicas, sean principios o reglas, se expresan por medio de enunciados lingüísticos, por lo que, una vez identificada la norma jurídica pertinente, el primer obstáculo se encuentra en las dificultades a la gramática y la sintáctica.

El lenguaje normativo, como cualquier forma de comunicación, no está exento de ambigüedad, vaguedad y bifurcaciones en sus efectos, pese a que el uso del lenguaje técnico reduce las posibilidades de interpretación, pero no las elimina, sobre todo si consideramos que los conceptos técnicos se encuentran en constante redefinición. Genaro Carrió reconoce que “muchas disputas entre juristas se originan y perduran por no advertir estas cosas. Se pretende refutar y apoyar enunciados que solo explicitan parte de la definición de un ‘termino apelado’, para uno y otro fin, a argumentos de hecho. Claro está que la disputa resulta así mal encaminada...”<sup>222</sup>

En el caso del Derecho Penal, rama jurídica desarrollada sobre la base del principio de legalidad,<sup>223</sup> según el cual, las conductas sancionables deben cubrir las características del tipo penal, nos ayuda a distinguir entre un asesinato y un homicidio, o entre una violación y un estupro; no obstante, existen palabras como violencia, alevosía, intención de producir daño, despoblado, pandilla cuyas implicaciones prácticas no son unívocas, dependen del contexto, de las pruebas presentadas por el criterio que cada juzgador tenga.

En este momento es donde cobra mayor importancia, para desentrañar el significado de la norma, aspectos culturales, psicológicos, ideológicos y hasta los prejuicios que habitan en la mente de la autoridad; por lo que, la sola existencia de una norma, por más detallada que sea, no garantiza que produzca los efectos deseados por el sistema, ni siquiera por su autor, peor aún si se trata de normas antiguas, como buena parte de los códigos civiles de la región que, por ser herederos del pensamiento

---

222 Genaro Carrió. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1979, p. 98.

223 Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 7, número 2: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.”

imperialista-napoleónico del siglo XVIII, poco nos dice sobre las exigencias normativas de nuestros territorios y tiempos; de ahí que, la redefinición de conceptos, se vuelve un imperativo poco predecible.

Las normas jurídicas, sobre todo las constitucionales, por tratarse de preceptos generales y abstractos no llegan, ni es su función llegar, a niveles de especificidad que permitan elaborar respuestas jurídicas para cada caso. Este planteamiento positivista, ampliamente superado, nos muestra una forma de concebir la actividad jurisdiccional como una mera aplicación de normas preestablecidas le dieron predominio al método exegético de interpretación jurídica, en cuanto respalda la decisión judicial en el espíritu de la ley; es decir, en la voluntad primigenia de su autor; lo cual, nos lleva a arenas movedizas en las que cabe más de una interpretación.

Esta suerte de espiritismo normativo no es exclusivo del Derecho, recuérdese la variedad de interpretaciones que existen sobre textos bíblicos. Con estos antecedentes, es imposible advertir cuáles serán los conflictos que atenderá una norma, así como el significado que la autoridad le otorgará al mismo texto, en cada época; de ahí que, la seguridad jurídica no descansa en el texto de la norma, la garantía de coherencia y racionalidad, en la que se sustenta la seguridad jurídica, está en la jurisprudencia.<sup>224</sup>

Asimismo, la exégesis y el método histórico de interpretación, determina la producción de otras fuentes formales. Los métodos gramatical y exegético produjeron *jurisprudencia de conceptos* cuya única utilidad es establecer un glosario de significados que orienten al juzgador. Este modelo de jurisprudencia subordinada a la ley, ha perdido vigencia en los modelos constitucionales contemporáneos, en los que se evidencia un acercamiento importante a la cultura jurídica anglosajona, caracterizada por el predominio de la jurisprudencia como fuente principal.

Asimismo, la equiparación del valor normativo de la jurisprudencia y de la ley es tal, que hasta el principio de *paralelismo de las formas jurídicas*, según el cual, la norma interpretativa tiene igual valor y jerarquía

224

“Es coherente aquel que dice lo que piensa y sabe comportarse siempre de la misma forma, en concordancia plena con sus palabras y sus ideas.” Jaime Baquero. *Ética para políticos y juristas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 152.

que la norma interpretada<sup>225</sup> debe ser reinterpretado en el sentido de reconocer en los pronunciamientos jurisdiccionales, de última instancia, la capacidad de crear normas jurídicas auténticas e inéditas; pero también, la capacidad de incorporar al *bloque de constitucionalidad*<sup>226</sup> principios, derechos y reglas de jerarquía constitucional, en virtud de la materia sobre la cual, se pronuncia. Por ejemplo, si la jurisprudencia es capaz de reconocer un derecho fundamental, y si todos los derechos tienen el mismo valor jerárquico, entonces, existirán pronunciamientos jurisprudenciales jerárquicamente superiores a la ley, produciéndose un sistema de jerarquía móvil, donde el criterio de formalidad y hasta el principio de competencia perdería terreno.<sup>227</sup>

La jurisprudencia de conceptos, derivado de la escuela exegética, restringe al juez a desentrañar su auténtico espíritu pero; como interpretar no implica crear, el modelo jurisprudencial fue desarrollado como una fuente meramente referencial.

Sin embargo, los sistemas constitucionalistas contemporáneos han constatado la insuficiencia de la norma legislativa para resolver los denominados casos difíciles en los que no basta la aplicación subsuntiva de una regla. Ante la conciencia de insuficiencia legal, la jurisprudencia se ha repotenciado y le ha dado al derecho una dimensión pragmática, coherente con los ideales de justicia. Este nuevo esquema puede sintetizarse de la siguiente manera: “más principios que reglas, más ponderación que subsunción, más jueces que legislador y más Constitución que ley”<sup>228</sup>; en este sentido, “...la jurisprudencia está inmediatamente condicionada por las leyes; pero, las leyes lo están, a su vez y no en menor medida, por la jurisprudencia, ya que es ésta la que determina el alcance de aquellas y moraliza su contenido”<sup>229</sup>.

---

225 Javier Pérez Royo. *Curso de Derechos Constitucional*, séptima edición, Madrid, Marcial Pons Editores Jurídicos y Sociales, 1997, pp. 171-187.

226 Ariel Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado” en: *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Martín Abregú y Christian Courtis, Comp., Buenos Aires, Editores del Puerto, segunda edición, 1998, pp. 33 – 74.

227 Ángel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 52-54.

228 Paolo Comanducci. “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2006. p. 83 y ss.

229 Alejandro Nieto García. *Crítica a la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 84.

Lo cierto es que, el mismo texto puede interpretarse legítimamente en más de una forma, y con ello puede llegarse a conclusiones contrapuestas, de acuerdo con una decisión preconcebida por el juzgador. Por ejemplo, el razonamiento jurídico por analogía, aceptable en todas las ramas del derecho, excepto en el derecho penal, puede extender un precepto jurídico a una situación no prevista creando así una nueva norma; o por el contrario, adoptar una posición reduccionista que excluya de a individuo que no sea parte de la especie descrita. La adopción de la analogía o del método *a contrario* nos conduce a resultados contrapuestos, por lo que, la decisión no está en la norma, sino en el juez.

Uno de los ejemplos más célebres al respecto es el que da Hart respecto de un parque en el que está prohibido el ingreso de perros. Desde un razonamiento finalista, los individuos gatos tampoco podrían ingresar al parque en cuanto, el objetivo que persigue la norma puede ser la conservación de las plantas, mantener la limpieza del espacio público o evitar ataques a transeúntes; este sería un típico razonamiento análogo. Por el contrario, podría sostenerse que, si el legislador se refirió únicamente a los perros, teniendo la opción de enumerar a otro tipo de mascotas, no lo hizo precisamente porque la prohibición no puede ser extensiva a los gatos, lo contrario sería una decisión *contra legem*.

En situaciones como estas, no existe disposición de derecho positivo que le indique al juzgador el camino que debe tomar; no obstante, existen principios medulares en el sistema que guían la decisión, cual sería el principio de equidad de género. El artículo 29 de la Convención Interamericana, en concordancia con el artículo 11, número 5 de la Constitución establece como principio principal para dirimir antinomias de primero y segundo grado, al principio *pro homine*, al prescribir: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.” Este principio universal, parte del *ius cogens*,<sup>230</sup> presente en todo sistema

---

230 “A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia ha establecido varios criterios con el objetivo de obtener la mayor protección del derecho de los derechos humanos, (principio ‘*pro homine*’) 23, los cuales se podrían clasificar en tres: interpretación general, la cual comprende la relación entre el sistema universal y el regional, la segunda supone la aceptación de medios complementarios de interpretación contemplados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y finalmente, algunos criterios específicos de aplicación

garantista de derechos, marca un norte para toda forma de interpretación, acercándonos a cierto grado de certeza, respecto de la decisión.

Por ejemplo, cuando el artículo 217 de la Constitución consagra, entre los principios específicos de la Función Electoral, el relativo a la equidad y paridad de género, no se limita a decir que las listas para elecciones pluripersonales se integran de manera paritaria y secuencial entre mujeres y hombres, en realidad se está proporcionando una guía interpretativa para el órgano de administración de justicia electoral.

La equidad de género se presenta como un principio transversal en la interpretación de cualquier norma jurídica invocada, cuando las condiciones de tradicional exclusión de la mujer fuere determinante en el reconocimiento pleno de un derecho.

Ahora bien, contrariamente a los que sostuvo el positivismo *kelseniano*, los sistemas jurídicos distan mucho de ser coherentes y completos. Las lagunas jurídicas pueden ser espontáneamente descubiertas, pero también pueden crearse intencionalmente. En el razonamiento por analogía, al que nos referimos líneas anteriores y volviendo al ejemplo de Hart, un juzgador puede considerar que no existe ninguna laguna, en cuanto la prohibición dirigida a los perros, es aplicable a los gatos; al mismo tiempo que otro juzgador puede crear la laguna al decir que, no habiéndose mencionado a los gatos, el ordenamiento jurídico no ha previsto consecuencia jurídica alguna al respecto; y como tal, existe un vacío que debe cubrirse discrecionalmente puesto que la falta de norma no le franquea la posibilidad de dejar de administrar justicia.<sup>231</sup>

Casos como estos desmitifican la supuesta seguridad jurídica que sirvió como bandera de lucha para el positivismo clásico. Por el contrario, en un sistema basado en principios, las lagunas y las antinomias son

---

en la etapa de admisibilidad. A su vez, valga destacar que, por ejemplo, la Corte Interamericana ha recurrido a la aplicación de los principios generales del derecho en sus procesos.” Paula Lizano Van der Laet, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Constitucional español” en *Justicia, Libertad y Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo I, 2003, p.375.

<sup>231</sup> Constitución de la República, artículo 11, número 3, inciso segundo “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

resueltas en aplicación de enclaves axiológicos de mayor jerarquía; de tal forma que, la respuesta sea coherente con los ideales sistémicos de tutela efectiva de derechos y realización objetiva y práctica de la justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana ha pronunciado:

La motivación tiene como objetivo fundamental garantizar que se ha actuado racionalmente, ya que debe atender al sistema de fuentes normativas capaces de justificar la actuación de quienes detentan la facultad de decidir, el sometimiento del juzgador a los preceptos constitucionales, de derechos humanos, así como las disposiciones sustantivas y adjetivas, lograr el convencimiento de las partes de la correcta administración de justicia, garantizar la posibilidad de control de la resolución por el superior que conozca los recursos ordinarios y extraordinarios e inclusive llegar a conocimiento y resolución del problema jurídico a la Corte Constitucional, ya que el hecho de motivar la sentencia no significa que su contenido sea correcto, sino que a pesar de ella puede haber quebrantamiento de la ley o del debido proceso.<sup>232</sup>

En definitiva, ante la identificación de lagunas o antinomias jurídicas, aparentes o reales, corresponde al Juez cubrirlas o dirimirlas, pero no de forma arbitraria, como ocurre en el positivismo, lo hacer con referencia a criterios teleológicos de optimización de la garantía de derechos. Así, las autoridades que administran justicia, en materias especializadas, como el derecho electoral, no pueden restringir su decisión a lo atiente a los derechos de participación política, tiene que extender su esfera tutelar a aquellos *derechos implícitos*<sup>233</sup> e inclusive de aquellas derechos que se incorporan al ordenamiento jurídico vía jurisprudencia, por medio de inferencias lógicas que hacen derivar unos derechos no reconocidos, de otros previamente

---

232 Corte Constitucional, Acción por Incumplimiento, *Sentencia 021-12-SEP-CC*, dictada dentro del caso 0419-11-EP.

233 Guastini hace una diferenciación entre derechos explícitos y derechos implícitos. Los primeros son aquellos reconocidos, generalmente por las constituciones, por tanto, constituyen una manifestación del derecho positivo. Los derechos implícitos son el producto de una inferencia lógicamente válida, cuya premisa mayor está dada por derechos expresamente consagrados. Los derechos implícitos, pese a contar con legitimidad propia, van concretando a los derechos explícitos y generalmente provienen de la actividad jurisdiccional. Así, este autor nos hace notar que existe un desplazamiento de poderes normativos de los órganos legislativos a los jurisdiccionales. Ricardo Guastini, *Comentarios a la Ponencia de Manuel Atienza "Derechos Implícitos"*. *Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial*, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.



positivizados. La Constitución ecuatoriana prevé esta posibilidad cuando establece: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento” (Art. 11, num., 7). En tal virtud, el reconocimiento de nuevos derechos o de la ampliación del *núcleo esencial* de los ya reconocidos, lleva aparejada la obligación de proporcionar un marco institucional que establezca vías efectivas de tutela jurisdiccional.

Entre los principios guías de la argumentación jurídica está el de equidad de género por lo que toda interpretación debe tender a la realización de este ideal igualitario, adaptados a las necesidades propias de la persona o sector social vulnerable. Desde esta perspectiva, el sistema de principios es mucho más cercano a la seguridad jurídica, que otro excesivamente reglado que, por el hecho de ser tal, constituye un caldo de cultivo para la proliferación de antinomias; y en consecuencia, de la arbitrariedad judicial.

Pero si la interpretación de las normas encierra complejidades, la interpretación de los hechos tampoco es materia pacífica, según nos detendremos a analizar.

## 2.2. Interpretación jurídica de los hechos

De conformidad con el principio *iura novit curiae*, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia interamericana “...en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente...”<sup>234</sup>, queda claro que, pese a que la juzgadora o el juzgador, se apoya en la actuación argumentativa de las partes procesales, lo que más le interesa son las pruebas, en cuanto éstas le ayudan a construir una historia oficial, a la que se dará una respuesta derivada de su contacto con las disposiciones normativas consideradas pertinentes.

---

234

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrafo 59.

Para la construcción de la historia oficial, la autoridad, al no haber estado presente al momento y en el lugar en el que se produjo el acontecimiento y dada la estructura acusatoria de nuestros sistemas; la jueza o el juez aplica el método histórico de investigación para unir las piezas que integran el rompecabezas sobre el que se pronunciará.

Naturalmente, la prueba, al no ser recogida por la jueza o el juez de forma directa, ésta puede ser manipulada, hasta el punto de resultar poco confiable para la autoridad. En casos como estos, la autoridad, de manera arbitraria puede favorecer al justiciable argumentando duda razonable, aunque esta duda no fuere sincera. Este acto, por su naturaleza interna no admite de control jurisdiccional, social o político; por el contrario, es una decisión amparada por el principio de libertad de conciencia con la que el Juez actúa.

Ante la presencia de principios de textura abierta como el de la *duda razonable*, la motivación se vuelve mucho más relevante que en aplicación de reglas de cumplimiento todo o nada. Frente a decisiones en las que la misma normativa concede poderes discrecionales a la jueza o juez, como en el caso de adoptar medidas cautelares privativas de la libertad, la posibilidad discrecional que le da la norma, tiene aparejada la obligación de argumentar de forma más profunda y concisa.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho de la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación de detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. [...] ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuenten con la misma idoneidad [...] y, iv) que sean medidas estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad

no resulte exagerado o desmedido...<sup>235</sup>

Respecto de la obtención de la prueba, en el *Caso González y otras*, más conocido como *Campo Algodonero Vs. México* que trata sobre el feminicidio perpetrado en Ciudad Juárez-México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sancionó al Estado, entre otras razones por "... las irregularidades en las investigaciones y en los procesos incluyen la demora en la iniciación de las investigaciones<sup>236</sup>, la lentitud de las mismas o inactividad en los expedientes<sup>237</sup>, negligencia e irregularidades en la recolección y realización de pruebas y en la identificación de víctimas<sup>238</sup>, pérdida de información<sup>239</sup>, extravío de piezas de los cuerpos bajo custodia del Ministerio Público<sup>240</sup> y la falta de contemplación de las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno global de violencia de género<sup>241</sup>. Según el Relator sobre la independencia judicial de la ONU, luego de una visita a Ciudad Juárez en el 2001 '[I]e sorprendió la absoluta ineficacia, incompetencia, indiferencia, insensibilidad y negligencia de la policía que había llevado hasta entonces las indagaciones'<sup>242</sup>

En casos como estos, en los que emergen prejuicios sexistas de las autoridades policiales y criminalistas, generalmente varones, el tratamiento suele ser tan degradante que se pierde la credibilidad y el compromiso de

235 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Vs. Ecuador*, sentencia de fondo, par. 93.

236 Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 64, folio 1746, Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota 64, folio 1924, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 64, folio 2274.

237 Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 64, folio 1767; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota 72, folio 2140; Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 87, folios 14579 y 14610; Conferencia de prensa que ofrecieron el Subprocurador de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad y la Fiscalía Especial para la Atención de los Delitos Relacionados con Actos de Violencia Contra las Mujeres en el auditorio de juristas, de Reforma 211, México, D.F., 16 de febrero de 2006, anexo 4 del Informe Final del Observatorio Ciudadano, *supra* nota 81, folio 6714.

238 Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 64, folio 1750; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota 72, folio 2140; Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota 76, folio 1929, Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota 87, folio 14579, y declaración rendida ante fedatario público por la testigo Doretti el 17 de abril de 2009 (expediente de fondo, tomo VI, folio 2326 y 2327).

239 Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota 64, folio 1750; Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota 76, folios 1898 y 1899; declaración de la testigo Doretti, *supra* nota 141, folio 2332.

240 Cfr. declaración de la testigo Doretti, *supra* nota 141, folios 2371 y 2372.

241 Cfr. Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota 76, folio 1897; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota 72, folio 2154; CNDH, Informe Especial, *supra* nota 66, folio 2227, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota 64, folio 2279.

242 Informe del Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, *supra*, nota 74, folio 2100.

la víctima; y con ello, se pierde la prueba porque las víctimas se resisten a estos tratos y porque aún cuando la víctima sea capaz de proporcionar datos relevantes, la autoridad puede actuar prejuiciosamente, culpabilizando a la víctima por el uso de ropa ajustada o por caminar sola en la noche.

Pensamientos como estos interfieren drásticamente en la producción de la prueba y, como tal, en la elaboración de una historia oficial libre de distorsiones, lo que favorece a la impunidad y a la reproducción de estereotipos; dada la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.<sup>243</sup>

Por otro lado, las pruebas con las que aportan las partes no permiten que la autoridad llegue a enunciados narrativos concluyentes. Por el contrario, la jueza o juez, en materia de hechos, solamente realiza *razonamiento sindiciarios*; es decir, parte de hechos comprobados, más o menos difusos, e intelectualmente va construyendo una historia posible, pero que en estricto sentido, solo se sostiene en meras probabilidades.

Las posibilidades de interpretación de los hechos, bajo la guía de razonamientos sindiciarios son muchas, tanto como la elección de la norma e interpretación de las mismas; de ahí que, la dimensión fáctica de interpretación y la hermenéutica utilizada son igualmente determinantes en la solución de las causas. No obstante, a diferencia del criterio de validez de las normas, en las que existe terreno firme para diferenciar entre normas vigentes y derogadas, así como normas jurídicas, de otras que no lo son; los razonamientos inferenciales sobre los hechos, no pueden ser materia de control ulterior.

De ahí que, los recursos extraordinarios, como la casación, tiene como único objeto, la defensa del derecho objetivo, en su aplicación y en su interpretación pero estos estamentos no pueden hacer una nueva valoración de la prueba. La Corte de Casación puede verificar el cumplimiento de las normas que la rigen, pero en ningún caso, las conclusiones a las que llegó el juzgador, cuando estas fueren aceptablemente lógicas.

---

243 Constitución de la República del Ecuador (Art. 76, num. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11, num. 1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8, num. 2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14, num. 2).

La Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, en pronunciamiento de triple reiteración, inadmite causas cuando para responder a la pretensión del recurrente, “...habrá de verificarse todo lo cual constituye materia de interpretación del negocio jurídico y que, por lo tanto, su revisión escapa a la competencia del Tribunal de Casación, salvo que se invoque violación de una norma de derecho en la valoración de la prueba”.<sup>244</sup>

Asís Roig considera que este tipo de razonamientos interpretativos de los hechos, en recursos extraordinarios tienen que superar, entre otras, dos tipos de dificultades. El primero es el resultado de entender que las decisiones sobre los hechos se llevan a cabo en el marco de un discurso teórico, por lo que su análisis no puede desarrollarse con las herramientas propias de la argumentación porque éstas se desenvuelven en el ámbito del discurso práctico. El segundo tipo de problemas, se refiere al resultado que producen estas decisiones y su imposibilidad de control jurídico, por lo que permanecen ocultas en la conciencia de quien adopta.<sup>245</sup>

Cuando hablamos de “verdad procesal” debemos separarla de la verdad histórica o material, que pese a lo importante que sería hacerlas coincidir; la jueza o el juez, previo a resolver tiene que crear una historia que lógicamente sea posible a la luz de las pruebas aportadas por las partes; para lo cual, estudia el acervo probatorio en su conjunto, a fin de reducir la posibilidad que algún elemento logre demostrar inconsistencias en el relato judicial, capaces de derrumbar la teoría oficial del caso.

Para Luis Prieto Sanchís, “...es importante destacar que la supuesta descripción de los hechos implica una cualificación previa en la que se utilizan nociones que forman parte del lenguaje normativo; no estamos pues, ante simples afirmaciones fácticas, sino ante argumentaciones prácticas que se integran a un lenguaje prescriptivo.”<sup>246</sup> Justamente por ello, el propio Bentham señaló que en todo proceso judicial deben admitirse todas y cada una de las pruebas con las que cuenten las partes procesales, en tanto éstas fuesen relevantes para acercarnos a la reconstrucción verídica de los hechos.<sup>247</sup>

244 Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial, *Fallos de triple reiteración*, Recopilación 1999.

245 Asís Roig. *Juez y la Motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 80.

246 Luis Prieto Sanchís. *Ideología e Interpretación Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 89.

247 Jeremy Bentham; citado por: Michele Tarufo, Perfecto Ibáñez y Alfonso Candau Pérez. *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 22.

Con estas consideraciones, queda claro que la construcción de una historia oficial, por parte de la autoridad encargada de administrar justicia es también un ejercicio narrativo-argumentativo que se basa en hechos aisladamente demostrados y ordenados de forma coherente con una teoría oficial del caso, lo que, sin duda condiciona el resultado de la sentencia. Esta actividad narrativa necesita de justificaciones extrajurídicas que amplíen el espectro decisorio del juez y le dé mayor solvencia argumentativa al fallo.

Las falacias que pueden evidenciarse en relación a los hechos materia de juzgamiento son también materia de revisión por parte de la autoridad jurisdiccional superior, e inclusive ante el tribunal de casación. La Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en el sentido que, “quien impugna una decisión vía casación debe acreditar con precisión el error judicial que la vicia y que se manifiesta al existir incoherencia entre lo resuelto y los hechos relatados y aceptados como verdaderos”<sup>248</sup>

En suma, la interpretación jurídica de los hechos y su relación lógica entre ellos y la norma aplicable es tanto, o más importante que la interpretación finalista de esta; para lo cual, se requiere garantizar que la historia oficial no esté basada en prejuicios culturales sexistas que reproduzcan prácticas misóginas o estereotipos; en definitiva, la argumentación jurídica es un ejercicio intelectual, racional, psicológico, cognoscitivo pero también cultural; de ahí, la importancia de un enfoque de género y de la necesidad del juzgador de conocer el contexto en el que se ejecutará lo juzgado, dado que una resolución neutral puede producir efectos discriminatorios desde la perspectiva de género, dependiendo de la situación sobre la que se juzga. “El Derecho tiene que contemplarse en relación con el sistema social y con los diversos aspectos del sistema social: morales, políticos, económicos, culturales... La consideración del ‘contexto’ lleva necesariamente a abandonar una concepción demasiado simple del razonamiento jurídico, como es la del formalismo.”<sup>249</sup>

---

248  
249

Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial*. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. 1997, p. 2359.  
Manuel Atienza, *El Derecho como Argumentación*, ob.cit., pp. 120-121.

### 2.3 Relación lógica entre las normas y los hechos

El último elemento que establece la Constitución, como parte del estándar de la motivación, tiene que ver con la pertinencia de la aplicación de la norma escogida para resolver el caso. La pertinencia consiste en establecer un nexo de mutua identidad entre la norma general y abstracta, los hechos interpretados y oficialmente narrados, con los efectos prácticos que experimentarán las personas inmersas en el conflicto.

Para ello, las normas escogidas, sean reglas o principios, para efectos de razonamiento jurídico, fungen de premisa mayor. Los hechos ya identificados como parte de la historia oficial, actúan como premisa menor y condiciona lógicamente al resultado que es la decisión. No obstante, la obvia sintonía entre estas dos premisas es una construcción propia de la autoridad que actúa como escalón intermedio entre éstas y la conclusión; así, la *ratio decidendi*<sup>250</sup> no constituye el espejo interpretativo de la norma, tampoco la descripción aséptica de los hechos, ni es la decisión en sí, la *ratio decidendi* es la subregla creada por la jueza o juez para el caso en específico, como resultado de la interrelación lógica de estos tres aspectos.

“Lo que al juez le viene objetivamente dado es una norma legal abstracta junto a un caso amorfo que aún no son Derecho ni juntos, ni cada uno por sí mismo. Se los puede comparar a una materia prima. Para que puedan surgir de ellos un ‘supuesto de hecho’ y un ‘hecho típico’ necesitan norma y caso, ser tratados de manera que muestren su significado.”<sup>251</sup>

No quisiera que se entienda que el silogismo judicial es la única técnica posible de aplicación del derecho; por el contrario, existen muchas otras, como la ponderación por ejemplo; pero finalmente, todos los caminos argumentativos terminan subsumiendo una regla preexistente o nueva, a unos hechos procesalmente establecidos.

---

250 Autores como Carlos Bernal Pulido, reconocen tres partes dentro de una misma sentencia: *Decisum*: Constituye el fallo o solución para un caso en concreto; *Ratio Decidendi*: Citando jurisprudencia colombiana (Sentencia C-569) “contiene las razones jurídicas que orientan la decisión judicial”; y, *Obiter Dicta*: que son “...afirmaciones, caso siempre teóricas de carácter muy general y abstracto, que solo cumplen un papel secundario en la fundamentación”. Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 176-177.

251 Pedro Serna. *Filosofía del derecho y Paradigmas Epistemológicos: de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, p. 114.

Un ejemplo de ello es el método de ponderación, cuya característica esencial es la de permitir que se diriman conflictos entre derechos, los mismo que, en abstracto, gozan de la misma jerarquía, por lo que solamente puede prevalecer uno sobre otro, en la resolución del caso en concreto. Ante la imposibilidad de dirimir estos conflictos jurídicos por medio de la aplicación de los criterios jerárquico, cronológico o de especialidad, es el juzgador quien establece una prelación entre derechos y elabora una subregla válida para ese caso en específico. Para que esta regla sea materialmente válida debe cumplir con requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad; de tal manera que, uno de los dos derechos (el considerado más importante para el caso) sea satisfecho en la mayor medida de lo posible, en tanto que el otro derecho, sea lesionado o inobservado en la menor medida de lo posible.

En palabras de Luis Prieto Sanchís, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, "...consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y de los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho..."<sup>252</sup>

Como se dijo, este proceso argumentativo que se realiza para justificar su decisión, tiene como fin intermedio la elaboración de la mencionada subregla, la misma que es aplicable al caso, de manera subsuntiva. En definitiva, aún en la ponderación, la subsunción está presente en dos etapas del razonamiento ponderativo. En un primer momento, la jueza o el juez subsume cuando identifican los principios que considera pertinentes para el caso en concreto e identifica su colisión. En un segundo momento, la jueza o juez subsume cuando habiendo elaborado una subregla y justificada la necesidad, idoneidad y proporcionalidad, la aplica a los hechos probados y concluye, resolviendo el caso.

Desde este punto de vista, la perspectiva de género cobra importancia en cada uno de los pasos que componen el proceso ponderativo. Al identificar cuáles son los derechos o principios en colisión, es necesario

---

252 Luis Prieto Sanchís, "El Juicio de Ponderación Constitucional" en Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, coords., *El Principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010, p. 103.



que la juzgadora o juzgador sea capaz de reconocer situaciones de asimetría entre hombres y mujeres que promuevan la incorporación de principios como el de igualdad material y no discriminación. No considerar situaciones de desequilibrio entre personas que reivindican derechos en conflicto, conlleva a que el juzgador considere que el conflicto entre derechos es aparente y, como tal no aplique un razonamiento ponderativo, de cuya aplicación se derivan resultados que profundizan situaciones de discriminación.

#### **2.4. La motivación como causa de nulidad absoluta**

En otro orden de cosas, la Constitución prevé que “los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.” En Ecuador, de acuerdo con el artículo 94, inciso tercero del Estatuto para el Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, la falta de motivación es una de las causas de nulidad absoluta, al igual que los actos que tienen por “...objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto...”. Esta nulidad, por ser absoluta, no permite convalidación.

Finalmente, la Constitución ecuatoriana prevé que “Las servidoras o servidores responsables [por la falta de motivación] serán sancionados.” En desarrollo de este precepto, el artículo 108 del Código Orgánico de la Función Judicial sanciona por el cometimiento de una infracción disciplinaria grave, “a la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión, por las siguientes infracciones:...  
8 No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias...”

Al respecto, el Consejo de la Judicatura, entidad competente para ejercer el control disciplinario de las servidoras o servidores de la Función Judicial ha establecido algunos precedentes, de los que se considera ausencia o indebida de motivación. Así el Consejo de la Judicatura expuso que aplicación ilógica o incoherente de una norma jurídica constituye una de las especies del genérico concepto de falta de motivación.<sup>253</sup> Por

---

253  
2011.

Consejo de la Judicatura, Resolución dictada en el Expediente Disciplinario No. 2011-0402P, de 21 de junio de

otra parte, el mismo órgano administrativo ofrece otras luces al establecer que constituye una sentencia inmotivada aquella que fue dictada sin haber considerado piezas procesales determinantes para la adopción de la decisión judicial.<sup>254</sup>

Mucho se ha criticado a esta disposición, a la luz del principio de independencia interna que, de acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, goza toda autoridad que ejerce la potestad de administrar justicia. Al respecto, cabe aclarar que, la responsabilidad administrativa no se genera por haber elegido normas o principios cuya interpretación o aplicación no concuerda con lo que el Consejo de la Judicatura considera adecuado, tampoco tiene que ver con la valoración que cada autoridad hiciera respecto de la prueba. Estos dos aspectos son los que efectivamente están amparados por la garantía de independencia judicial.

No obstante, lo que se sanciona es el incumplimiento del estándar constitucional analizado; es decir, la sanción se impone cuando no se cita expresamente la norma o principio invocado, cuando no se expone una historia oficial con referencias expresas en el acervo probatorio; y/o, cuando la relación entre la interpretación que se hace de las normas, con los hechos conducen a una conclusión incoherente, ilógica o falaz. Por otro lado, existe errónea motivación cuando se verifica una relación incoherente entre las premisas y la conclusión; de acuerdo con las reglas de la lógica formal o del sentido común.

Esto no quiere decir que el análisis sobre los hechos y la hermenéutica utilizada no sea materia de revisión; no obstante, este aspecto corresponde a una autoridad jurisdiccional superior.

Para completar esta suerte de rompecabezas motivacional, y pese a que una buena fundamentación tiene que ser completa; es decir, resolver todos y cada uno de los puntos que produjeron la traba de la *litis*, esto no quiere decir que la jueza o el juez tenga la obligación de dar respuesta a todas y cada una de las afirmaciones formuladas por las partes, sino solamente de aquellas que influyen directamente en la decisión.

---

254  
de 2011.

Consejo de la Judicatura, Resolución dictada en el Expediente Disciplinario No. 2011-03534, de fecha 7 de junio

Así, si la causa se tratare sobre el cometimiento, o no de una infracción penal, la argumentación jurídica se centrará en demostrar o desmentir que la conducta se adecúa, o no a los elementos que integran la tipificación legal, más no en juegos artificiales.

El artículo 4, número 9 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional refuerza este criterio de técnica argumentativa, en los siguientes términos: “La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.”

A estas alturas, queda claro que la decisión jurídica, en virtud de la cual se resuelve un conflicto, si bien busca una respuesta binaria (culpable/no culpable) (deudor/no deudor) (ratificación o rectificación de un acto administrativo) la respuesta a la pregunta macro, no puede darse por sí sola o bajo un solo razonamiento. Por el contrario, se llega a esta respuesta, una vez que se agota un proceso metodológicamente estricto, que obliga al juzgador a descomponer el problema jurídico central en varios subproblemas que, planteados en subpreguntas que conduzcan a conclusiones parciales y preliminares, cuya interrelación, conduzca a la conclusión que responda a la pregunta global. Para Nelson Barros Cantillo:

Se entiende por abstracción el procedimiento heurístico que busca concentrar en conceptos o representaciones los actos más caracterizantes del problema en estudio, prescindiendo el investigador de los rasgos o propiedades estimados puntualmente como adjetivos o circunstanciales. La abstracción permite jerarquizar las propiedades del problema para darles, en consonancia con sus grados de importancia, el tratamiento metodológico apropiado, allanando de este modo el acceso a las resoluciones adecuadas.<sup>255</sup>

### 3. Razonamiento abstracto y caso concreto

Según lo hemos señalado, el razonamiento jurídico, al igual que cualquier otra forma de discurso lógico debe partir de premisas que resulten aceptables para todas y todos los participantes; caso contrario, el argumento que está por desplegarse tendrá cuestionamientos desde su base, por lo que la conclusión no será contundente.

En el caso del razonamiento jurídico, para que la premisa mayor sea aceptable por la comunidad jurídica y la sociedad general, debe ampararse en normas “...previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, según el estándar previstos en la Constitución ecuatoriana. Estos elementos actúan como elementos componentes de esta suerte de meta-principio que es la seguridad jurídica.<sup>256</sup>

No obstante, el argumentador tiene a su disposición una cantidad importante de normas, de la más variada jerarquía formal, respecto de las cuales establecerá criterios de prelación. De acuerdo con el principio *pro homine* el criterio de elección fundamental de aplicación de la normativa obliga a priorizar a la norma y a la interpretación que favorezca, en mayor medida, a la plena vigencia material de los derechos humanos y fundamentales.

El proceso de selección de premisas normativas se denomina *heurística* y su complejidad difiere de caso a caso, aún cuando no nos encontrásemos ante la presencia de anomias o antinomias; caso en el cual, como ya se dijo, se puede aplicar criterios de jerarquía, temporalidad, especialidad o, si se tratan de conflicto entre derechos o principios, se aplicará el proceso ponderativo.

La posibilidad de escoger entre principios y derechos permite al juzgador decidir, no solo el punto de partida de su razonamiento (la norma a ser interpretada) sino también el punto de llegada (el principio o derecho que guía la interpretación) con lo cual condiciona intencionalmente el resultado de su exposición discursiva. Autores como Alf Ross sostienen que, en último término “interpretar implica decidir”.<sup>257</sup>

256 Constitución de la República, artículo 82.

257 Alf Ross. *Imperatives and Logic*, Theoria, 1941, p. 74.

Con un espacio de discrecionalidad, para mi punto de vista, tan necesariamente amplio para cumplir con los objetivos sistémicos de justicia, democracia, igualdad formal y material, entre otras; no podemos dejar de reconocer que la autoridad, a cuyo cargo se encuentra la solución de un conflicto, desde el inicio de su proceso heurístico ya está decidiendo, de manera más o menos arbitraria, y solo a partir de ahí, elabora razonamientos fuertes y persuasivos, dotados de las formalidades procesales y lingüísticas exigidas por el derecho, con lo cual se cumple con el estándar motivacional.

Si la autoridad juzgadora preconibe su decisión antes de realizar el discurso argumentativo exigido por la motivación, es porque recibe del sistema la potestad de hacer prevalecer su voluntad a nivel particular; de ahí que, la autoridad tiene que estar en sintonía ética con los principios y valores que inspiran al sistema, valores esencialmente políticos porque pretenden marcar la ruta de la convivencia comunitaria, hacia objetivos socialmente valiosos; en definitiva, la administración de justicia, al trabajar con estos valores sociales y al darles un alcance preconcebido en su mente, asume un rol político clave para nuestro constitucionalismo, la realización de la justicia, por medio de la tutela efectiva de derechos.

La posibilidad cierta de escoger las premisas y condicionar la decisión definitiva, postulado del *realismo jurídico*, nos presenta una realidad que ha sido injustamente satanizada por nuestra cultura jurídica legalista cuyo desarrollo, por razones históricas, se dio en un contexto de desconfianza frente a la magistratura, por su calidad de ex servidores del depuesto régimen monárquico. Lo cierto es que, pese a los esfuerzos del positivismo de reducir las posibilidades decisionales de juezas y jueces, esto nunca ha ido posible. Cuando se pensó en la proliferación de normas que eviten decisiones discrecionales, solo se configuró un modelo lleno de contradicciones, por lo que lejos de reducir la capacidad de decisión del juez, ésta fue potencialmente ampliada.

Con este aprendizaje, reconociendo la insuficiencia de un sistema jurídico exclusivamente integrado por reglas, se incorporaron al sistema normas jurídicas de textura abierta como es el caso de los principios, por ser la única forma de lograr un grado de versatilidad del propio ordenamiento a fin de permitir la consecución de objetivos políticos y sociales cercanos

a los ideales de justicia y paz social; de ahí que, un derecho dúctil, según la terminología de Zagrebelsky, consiste en dotar al administrador de justicia de mayores y mejores herramientas argumentativas. La diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad ha dejado de ser un asunto normativo, para transformarse en una cuestión justificativa, en términos discursivos.

Para autores realistas como Frank, los juicios de valor son trascendentes en la toma de decisiones judiciales; no obstante, estos juicios de valor no son precisamente manifestaciones racionales, por lo que no puede justificarse, sino crear discursos persuasivos que los legitime ante la sociedad.<sup>258</sup>

Claramente, el realismo jurídico llevado al extremo, puede plantearse como un *conductivismo* en la que las decisiones están preestablecidas por una relación causa-efecto entre los estímulos externos que recibe la jueza o juez y sus estructuras mentales. De esta forma se plantea la posibilidad de predecir las decisiones judiciales, en cuanto se conozca o se interfiera estratégicamente en los estímulos externos que recibe el juez.<sup>259</sup>

Para esta escuela, la realidad normativa no sería más que una suerte de maquillaje que permite legitimar una decisión arbitraria, adoptada por la autoridad, sin más fuente primigenia que sus propias estructuras mentales. Sin perjuicio de ello, este planteamiento científico adolece de la imposibilidad de demostración empírica, lo que demuestra su incompatibilidad con los métodos científicos generales.

Bajo nuestro punto de vista, la realidad que vive diariamente una autoridad jurisdiccional tiene un grado de influencia en sus decisiones, pero no es ni puede ser determinante; de hecho, la historia personal de la jueza o del juez se encuentra en un punto intermedio entre la amplitud

258 Jerome Frank. *Law and de modern mind*, New York, Cowaed-McCann, 1930.

259 Sigmund Freud caracteriza a la mente humana como una ciudad en la que todos los acontecimientos explican su estado actual. En palabras del propio Freud “La hipótesis de la conservación total de lo pretérito está supeditada, también en la vida psíquica, a la condición de que el órgano del psiquismo haya quedado intacto, de que sus tejidos no hayan sufrido por traumatismo o inflamación. Pero las influencias destructivas comparables a estos factores patológicos no faltan en la historia de ninguna ciudad, aunque su pasado sea menos agitado que el de Roma, aunque, como Londres, jamás haya sido asolada por un enemigo. Aun la más apacible evolución de una ciudad incluye demoliciones y reconstrucciones que en principio la tornan inadecuada para semejante comparación con un organismo psíquico.” Sigmund Freud. *El malestar en la cultura*, Barcelona, Folio, 2007, pp. 16-17.

decisional que el ordenamiento jurídico le ofrece y las limitaciones impuestas por las reglas y los principios; de ahí que, si bien la autoridad no hace una aplicación acrítica o mecánica de la norma, tampoco puede extender su razonamiento más allá de lo razonablemente jurídico; asimismo, debemos reconocer que la autoridad está condicionada por los límites propios de la lógica formal; de ahí que, podemos hablar de una suerte de *discrecionalidad judicial, normativamente reglada*.

Según lo caracteriza Carl Shmitt, conocido como el *pensador de la acción política*, sin perjuicio de la existencia de normas y reglas jurídicas más o menos rigurosas en su contenidos prescriptivo, en la cúspide del orden jurídico no se encuentra una norma hipotética fundamental, que ni el propio Kelsen pudo conceptualizarla satisfactoriamente, lo que en realidad existe es una “*instancia decisoria suprema*”, soberana, que elige bajo circunstancias de excepción. Estas situaciones, por el mismo hecho de ser excepcionales, no pueden estar previstas en norma jurídica alguna; por lo que, tal decisión no se fundamenta en nada, es una decisión política en su sentido más puro. Este concepto es complementado por Hermann Heller, al sostener que la unidad lógico normativa del Estado, sino en un dislate, se convierte en un nuevo arbitrio irracional.<sup>260</sup>

Para el foro ampliado es claramente identificable una decisión jurídica, de cualquier otra decisión de autoridad. Esta verificación no nace de su estructura discursiva porque la comparte con toda forma de argumentación; sin embargo, la decisión jurídica tiene como *ultima ratio* un fundamento constitucional reconocido como valor social como prescriptivo, a partir del cual obtiene su validez material; que a su vez, da unidad al ordenamiento jurídico y legitimidad a los operadores del sistema. Este fundamento, Hart lo denomina la *regla de reconocimiento*, no solo cumple una función de dotar de contenido axiológico a las normas de desarrollo, también es el hilo conductor de un fin político integrado por los principios mínimos de la convivencia social, expresamente reconocidos en la Constitución, como es el caso de la equidad de género, que tan solo establece puntos de partida, de un proyecto de vida en común; así, “el derecho hace bilaterales y coercibles aquellas normas morales que tienen particular importancia para regir la convivencia humana (...) podríamos

---

260

Francisco Javier Conde. *Introducción al Derecho Político actual*, Granada, 2006, pp. 101-103.

decir que la coercibilidad destruye el carácter moral de un acto y que la falta de coercibilidad, en términos generales, quita el carácter de jurídico a una norma<sup>261</sup>

Al respecto, Hart enfatiza en que la regla del reconocimiento tiene un criterio último de validez, basado en valores morales sustantivos como el de justicia, entendida en clave de derechos, como igualdad de oportunidades, en la que criterios como el de la equidad de género adquieren mayor relevancia práctica.<sup>262</sup>

Ahora bien, si reconocemos que toda aplicación de norma jurídica tiene un fin político implícitamente incorporado en su texto, necesariamente debe reconocerse un objetivo jurídico más personalista que es el fin ético de la norma, entendiendo a estas dos dimensiones prescriptivas como manifestaciones de la razón práctica, concurrentes en materia de decisión jurídica. Así, la norma tiene un fin político, en cuanto busca el bien común; su fin ético, será la conformación de la mejor sociedad posible, en términos de justicia, pero también se reconocer un fin moral de equidad individual, aspecto que integra el carácter multidimensional de la decisión jurídica.

Para Carlos Santiago Nino, “para justificar sus decisiones los jueces deben recurrir, y de hecho lo hacen explícita o implícitamente a razones justificatorias, y en un ámbito donde están en conflicto intereses de diferentes individuos, solo constituyen razones justificatorias –por definición- principios morales considerados válidos.”<sup>263</sup>

Desde el punto de vista moral, Ronald Dworkin hace notar que el derecho está indudablemente impregnado de moralidad, pero no se trata de una moralidad o idea del bien trascendente; por el contrario, es una moral social práctica, aceptable y aceptada por ser parte de un *consenso traslapado*,<sup>264</sup> según la terminología de Rawls, en el que se reconocen concepciones naturalistas como el de dignidad humana, a la vez, que no deja de ser un artificio creado por seres humanos, hijas e hijos de sus tiempos y de sus culturas.

---

261 José Campillo Sáinz. *Introducción a la Ética Profesional del abogado*, México, Porrúa, 2005, p. 21.

262 Herbert Hart. “Entrevista realizada por Juan Ramón de Páramo” en: *Revista DOXA*, No. 7 1990, p. 102.

263 Carlos Santiago Nino. *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 21.

264 John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 255.



Para graficar mejor la presencia de valoraciones judiciales de género, en la motivación, resulta notablemente didáctico el caso de las *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, conocido y resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este caso, grupos paramilitares, para tomar el control de un municipio iniciaron una cadena de ejecuciones extrajudiciales selectivas, tanto a mujeres como a hombres; no obstante, la CIDH conoció que a una mujer, previo a su ejecución, fue conducida desnuda a vista del pueblo, lo que, dada su condición de mujer, y el contexto social en el que se dieron los hechos, fue considerado un trato cruel y degradante.

En esta oportunidad, la Corte Interamericana condenó al Estado por su inacción investigativa y estableció que, al existir situaciones que, de acuerdo con la cultura, pueden afectar en mayor medida a mujeres, que a hombres en su dignidad, aunque tratándose de los mismos actos, estos tratos discriminatorios constituyen manifestaciones de violencia contra la mujer, en los términos de la Convención Belém do Pará. Cabe señalar que atender a especificidades culturales, no implica un acercamiento al relativismo; por el contrario, Johannes Messner explica que “la cultura en cuanto realización de valores, en lo que consiste su esencia generalísima, se halla ligada a los valores que fundan la esencial autorrealización del hombre...”<sup>265</sup> y de la mujer.

Otro caso emblemático, resuelto por el Sistema Interamericano es el *Caso Pueblo Bello vs. Colombia*; cuyos hechos probados describen que un grupo de paramilitares, sin perjuicio de tomar prisioneros a 43 hombres y haberlos trasladado a una propiedad cercana a Pueblo Bello para torturarlos hasta darles muerte, en el proceso de captura realizaron asesinatos, saqueos, hurtos y violaciones a mujeres.

En este sentido, es importante destacar que los actos de violación fueron cometidos en contra de mujeres, por su condición de género, lo que sin perjuicio de la responsabilidad penal inherente al caso, este tema se convierte en un asunto de derechos humanos por ser un acto de violencia contra la mujer. Este razonamiento conllevó la declaratoria de responsabilidad internacional de Colombia porque estos actos son

---

265

Johannes Messner, *Ética General y Aplicada*, Madrid, Rialp, 1969, p. 156.

atribuibles a grupos paramilitares que actúan con la aquiescencia de las autoridades del Estado.

Desde esta doble dimensión, la equidad de género contiene una dimensión política cuyo objetivo principal es la de configurar una sociedad más justa, en la que todas y todos reconozcamos nuestras diferencias, a la vez que nos aceptemos como valiosas y valiosos en igual medida; así también, existe una dimensión ética según la cual, cada persona está llamada a construir, desde su marco de incidencia, una sociedad de respeto para toda persona por ser portadora de dignidad, pero también manifiesta una dimensión moral en la que el bien se manifiesta en términos de equidad como la posibilidad de desarrollar un plan de vida, libremente escogido, desde los propios valores e intereses. Rodolfo Luis Vigo reconoce la dimensión ética de la actividad jurisdiccional y nos plantea "...un modo de reacción frente a la incontrolable elección que hará el juez a la hora de decidir, es apostar a la ética o virtudes personales que tiene incorporada es persona antes de ser juez."<sup>266</sup>

En definitiva, identificar los postulados finalistas de la Constitución, desde su esfera política, reconocer los elementos éticos implícitos en cada disposición jurídica, a la luz de los principios pétreos del sistema garantista de derechos y justicia, y de esta forma actuar con base al firme y personal criterio del bien, como convicción moral. Asimismo, es la única manera que tiene una jueza o un juez de legitimarse socialmente, en términos funcionales; comprendiendo así que, en el "*siglo de los jueces*"<sup>267</sup> "la legitimación de los operadores jurídicos depende de su compromiso frente a la sociedad."<sup>268</sup>

Con ello, y a manera de conclusión, ante la imposibilidad de alcanzar la verdad histórica, lo que la juzgadora o el juzgador deben buscar es, lo que Habermas caracteriza, como la *verdad consensual*.

---

266 Rodolfo Luis Vigo. *Ética Judicial: Su especificidad y responsabilidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 33.

267 David Ordoñez Solís, *Jueces, Derecho y Política, los poderes del juez en una sociedad democrática*, Pamplona, Aranzandi, 2004, p. 85.

268 Omar Vázquez Sánchez, "De lo que la Teoría de la Argumentación Jurídica puede hacer por la Práctica de la Argumentación Jurídica", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 12, 2009. p. 103, disponible en [www.rtfid.es/numero12/04-12.pdf](http://www.rtfid.es/numero12/04-12.pdf). (fecha de consulta: 18-jul-2013).

La teoría consensual de la verdad de Habermas acepta la imposibilidad del discurso jurídico para producir certeza definitiva, por lo que se plantea, desde una lógica procedimental, la corrección lógica de sus enunciados normativos y argumentativos cuya utilidad es la de dar fundamento a criterios racionales, cuyo origen generalmente se encuentra en fuentes extra jurídicas.

Para lograr un consenso que pueda ser elevado a criterio de verdad, Habermas identifica como *pretensiones universales*, comunes a toda forma de discurso, las siguientes:

- a) Expresarse comprensiblemente, se refiere a aspectos gramaticales y de expresión correcta de los enunciados lingüísticos. Desde esta perspectiva, un buen argumentador sabrá lograr que su pensamiento sea impecablemente técnico, y a la vez, apto para ser comprendido por la gran mayoría de ciudadanas y ciudadanos.
- b) Expresar un contenido proposicionalmente verdadero, entendiendo por “verdadero” la invocación de normas jurídicas vigentes, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes. No se trata de una verdad derivada de la dimensión cognoscitiva del Derecho; hablamos de entender a la norma como una variable dependiente de las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje común pero, según lo establece Ricardo Guastini, se relaciona con tres variables independientes como la técnica argumentativa utilizada, las tesis dogmáticas propuestas y, naturalmente “...las preferencias o juicios de valor formulados o (como más a menudo sucede) sobreentendidos por el intérprete...”<sup>269</sup>
- c) Ser sincero en lo que se dice.- La sinceridad a la que alude este autor, tiene que ver con la transparente y pública intención de favorecer a los objetivos institucionales objetivamente identificados a raíz del contenido axiológico constante en los textos normativos. En este aspecto, la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a alcanzar la equidad de género es un objetivo sistémico internacional; de ahí que, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra

---

269 Ricardo Guastini. “Fundamentos de una Teoría Escéptica de la Interpretación” en Isabel Lifante Vidal, edit., *Interpretación Jurídica y Teoría del Derecho*, Lima, Palestra, 2010, p. 175.

la Mujer, del Sistema de Naciones Unidas alude frontalmente Así, al considerar necesario que “...los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo.”<sup>270</sup> Entre las medidas estatales necesarias para cumplir con tales objetivos están, sin duda, medidas de carácter jurisdiccional, cuya mayor relevancia se da en virtud de la irrupción directa en situaciones concretas de inequidad.

- d) Tener un reconocimiento recíproco sobre la base de las normas y valores considerados válidos.- Para que un valor sea universalmente válido para una comunidad jurídica determinada, no puede quedar duda sobre su validez material y universal, como regla de decisión a futuro.<sup>271</sup>

Finalmente, su aceptabilidad se deriva también del cumplimiento de otros requisitos, como el de: a) *suficiencia*, en cuanto deben resolverse todos y cada uno de los puntos relevantes para el asunto litigioso en cuestión; b) *logicidad* que es el criterio que utilizado para descartar razonamientos falaces, ilógicos, contradictorios o incoherentes; y, c) *persuasión*, criterio que no es indispensable para un correcto razonamiento jurídico, por ser externo a él, pero que se relaciona con el fin político de adhesión de un *auditorio universal*<sup>272</sup> a la tesis expuesta por la autoridad, como parte del diario proceso de legitimación funcional del juez en democracia.

La corrección y la coherencia argumentativa, no solo garantiza la tutela efectiva del derecho a la igualdad formal; y una salvaguarda del

270 Comité para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 5*, Séptimo período de sesiones, 1988, párr. 4.

271 Sergio Belardinelli. “La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas”, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2007, p. 116.

272 Para autores como Manuel Atienza, “...infortunadamente, la noción de Perelman de auditorio universal es bastante ambigua, como muchos autores (incluyendo el propio Aarnio) han señalado. Esencialmente, la ambigüedad consiste en que, en algunas ocasiones, Perelman parece haber dado a entender que el auditorio universal estaría constituido, sin más, por “todos los seres de razón”, de manera que el acuerdo de ese auditorio (no un acuerdo fáctico, puesto que se trata de un auditorio ideal) vendría a coincidir con el consenso al que apunta la situación ideal de diálogo habermasiana; Perelman puede, de esa manera, establecer una diferencia entre los argumentos simplemente *persuasivos* (que persuaden de hecho a un auditorio) y los argumentos *convincientes* (que persuadirían al auditorio universal, aunque quizás no logren persuadir a los auditorios particulares)” Manuel Atienza, “Sobre la Única Respuesta Correcta” en *Revista Jurídicas*, Manizales, 2009, p. 17.

principio de seguridad jurídica, pero no como mecanismo justificativo de certeza, sino de predictibilidad de las decisiones jurídicas. “de esta forma, las reglas proporcionan simultáneamente un conocimiento cierto del contenido y límites de cada estatus jurídico y una respuesta estable ‘ex ante’ a una amenaza contra él. El conocimiento es lo que produce la certidumbre, y la respuesta ex ante que se contiene en la regla como solución al caso que es la que permite la predicción.”<sup>273</sup>

Por todo lo dicho, existe la necesidad insoslayable de contar con sistemas jurisprudenciales ordenados, codificados, concordados y de fácil acceso para la ciudadanía, lo que también es una actitud que demuestra vocación de imparcialidad por parte de la autoridad jurisdiccional. Un manejo técnico de la jurisprudencia sirve además como escudo protector ante eventuales injerencias coyunturales del poder político, sobre todo cuando la corte o el tribunal han cambiado su integración y requieren legitimarse institucionalmente; recomendación con la que termina este trabajo.

---

273 Francisco Laporta, “Certeza y Predecibilidad de las Relaciones Jurídicas” disponible en [www.fcje.org.es/wp-content/.../file/.../1\\_LAPORTA.pdf](http://www.fcje.org.es/wp-content/.../file/.../1_LAPORTA.pdf) (fecha de consulta: 18-jul-2013).

## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. “La fórmula del peso” en: Miguel Carbonell edit., *El Principio de proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Alexy, Robert, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, ponencia presentada por el Autor en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídica, San Sebastián, septiembre, 1988

Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Aristóteles. *Ética a Nicómaco* disponible en [www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf](http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf)

Atienza, Manuel. *El Derecho como Argumentación*, México, Fontamara, 2005.

Atienza, Manuel. “Sobre la Única Respuesta Correcta” en *Revista Jurídicas*, Manizales, 2009.

Ávila Santamaría, Ramiro. “Los Principios de Aplicación de los Derechos” en: *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 3, 2008.

Baquero, Jaime. *Ética para políticos y juristas*, Quito, Corporación de estudios y publicaciones, 2009.

Barros Cantillo, Nelson. *Las Nuevas Herramientas de la argumentación Jurídica*, Bogotá, 2006.

Belardinelli, Sergio. “La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas”, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2007.

Bentham, Jeremy. Citado por Michele Tarufo, Perfecto Ibáñez y Alfonso Candau

Pérez. *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Bernal Pulido, Carlos., *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Campillo Sáinz, José. *Introducción a la Ética Profesional del abogado*, México, Porrúa, 2005.

Carrió, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1979.

Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2006.

Conde, Francisco Javier. *Introducción al Derecho Político actual*, Granada, 2006.

Conferencia Mundial para revisar y evaluar los Logros de la década de las Naciones Unidas de las Mujeres, Igualdad, Desarrollo y Paz, Nairobi, desarrollado entre el 15 y el 26 de julio de 1985, Informe, párrafo 28, disponible en: [http://www.5wwc.org/downloads/Report\\_of\\_WCW-1985.pdf](http://www.5wwc.org/downloads/Report_of_WCW-1985.pdf)

Del Vecchio, Giorgio. *Persona, Estado y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos Políticos, 1957.

Dulitzky, Ariel. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado” en: *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, segunda edición, 1998.

Estermann, Josef. “La Racionalidad Indígena” en: *Filosofía andina*, Quito, Abya-Yala, 1998.

- Fioravanti, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestro días*, Madrid, Trotta, 2007.
- Frank, Jerome. *Law and de modern mind*, New York, Cowaed-McCann, 1930.
- Freud, Sigmund. *El malestar en la cultura*, Barcelona, Folio, 2007.
- Garrorena Morales, Ángel. *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Guastini, Ricardo. *Comentarios a la Ponencia de Manuel Atienza “Derechos Implícitos”*. Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.
- Guastini, Ricardo. “Fundamentos de una Teoría Escéptica de la Interpretación” en Isabel Lifante Vidal, ed., *Interpretación Jurídica y Teoría del Derecho*, Lima, Palestra, 2010.
- Haba, Enrique P., “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial” en *Revista DOXA* No. 25, Alicante, Espagrafic, 1989.
- Hart, Herbert. Entrevista realizada por Juan Ramón de Páramo en: *Revista DOXA*, No. 7 1990.
- Lamas, Marta. “La Perspectiva de Género” en *Revista de Educación y Cultura de la sección 47 del SNTE*, p. 2, disponible en <http://www.latarea.com.mx/articu/articu8/lamas8.htm>.
- Francisco Laporta, “Certeza y Predecibilidad de las Relaciones Jurídicas” disponible en [www.fcje.org.es/wp-content/.../file/.../1\\_LAPORTA.pdf](http://www.fcje.org.es/wp-content/.../file/.../1_LAPORTA.pdf).
- Lizano Van der Laet, Paula “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Constitucional español” en *Justicia, Libertad y Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo I, 2003
- López Medina, Diego. *La Teoría impura del derecho*. Bogotá, Legis, 2009.



- Messner, Johannes. *Ética General y Aplicada*, Madrid, Rialp, 1969.
- Nieto García, Alejandro. *Crítica a la Razón Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007
- Nieto, Alejandro. *El malestar de los Jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos* Buenos Aires, Astrea, 2007.
- Ordoñez Solís, David. *Jueces, Derecho y Política, los poderes del juez en una sociedad democrática*, Pamplona, Aranzandi, 2004.
- Peces-Barba, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho*, México, Fontamara, 2004.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derechos Constitucional*, séptima edición, Marcial Pons, Editores Jurídicos y Sociales, Madrid, 1997.
- Prieto Sanchís, Luis. “El Juicio de Ponderación Constitucional” en Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, coords., *El Principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010.
- Prieto Sanchís, Luis. *Ideología e Interpretación Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Roig, Asís. *Juez y la Motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.
- Salgado Judith. “Género y Derechos Humanos” en Ramiro Ávila Santamaría, Judith salgado y Lola Valladares Comp., *El género en el Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009.
- Serna Pedro. *Filosofía del derecho y Paradigmas Epistemológicos: de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006.

Vázquez Sánchez, Omar. “De lo que la Teoría de la Argumentación Jurídica puede hacer por la Práctica de la Argumentación Jurídica”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* No. 12, 2009.

Vigo, Rodolfo Luis. *Ética Judicial: Su especificidad y responsabilidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

Zagrebelsky, Gustavo. *Contra la Ética de la Verdad*, Madrid, Trotta, 2010.

## Referencias Jurisprudenciales

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Belgian Linguistics, No. 35/1978.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez. Vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 223-12-SEP-CC, Caso No. 0834-09-EP, (R.O.S No. 777; 29-08-2012.

Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia Acción por Incumplimiento, Sentencia 021-12-SEP-CC dictada dentro del caso 0419-11-EP.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, supra nota 64, folio 1746, Informe de México producido por el CEDAW, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*.

Comité para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 5*, Séptimo período de sesiones, 1988.

Corte Nacional de Justicia, *Gaceta Judicial*, *Fallos de triple reiteración*, Recopilación 1999.

Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial*. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. 1997.

Consejo de la Judicatura, Resolución dictada en el Expediente Disciplinario No. 2011-0402P, de 21 de junio de 2011.

Consejo de la Judicatura, Resolución dictada en el Expediente Disciplinario No. 2011-0353A, de fecha 7 de junio de 2011.

### **Referencias Normativas**

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Constitución de la República del Ecuador.



V

**LAICISMO, LIBERTAD DE OPINIÓN Y DEMOCRACIA: A  
PROPÓSITO DEL CASO NELSON ZAVALA**

**Catalina Castro Llerena**

**Diego Zambrano Álvarez**

**1. Los estándares internacionales de referencia**

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce a toda persona el derecho a buscar, recibir y difundir libremente informaciones e ideas de toda índole.

Pese a la amplitud del texto citado, es el propio artículo 13 el que, atendiendo al principio según el cual ningún derecho humano o fundamental puede ser absoluto, prevé algunas restricciones a su ejercicio. Antes de atender a sus legítimas restricciones, cabe recordar que la libertad de expresión, no consta entre los derechos que no pueden ser suspendidos, dentro de un

estado de excepción, de conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana.<sup>274</sup>

Estos límites, para ser considerados legítimos deben ser expresa y claramente justificados por las autoridades que los utilizan, en base a varios parámetros desarrollados por la Jurisprudencia de varios sistemas regionales de protección de derechos humanos, como es el caso del Sistema Europeo y de nuestro Sistema Interamericano.

El repaso del desarrollo doctrinario y jurisprudencial en virtud del cual, se han identificado estándares legítimos para la aplicación de una medida restrictiva a la libertad de expresión y opinión, será analizado con algún detenimiento, en adelante; no obstante, por ahora basta con señalar dos elementos que serán transversales en el desarrollo de esta ponencia: a) la prohibición incondicional y absoluta de cualquier tipo de censura previa, sea por vía directa o indirecta, cual sería el caso de la clausura de un medio de comunicación; y, b) el que resulta ser más relevante en este contexto, la finalidad a la que debe tender una actuación sancionadora o restrictiva adoptada por el Estado en cuestión.<sup>275</sup>

En suma, para hacer un análisis serio sobre esta materia y la aplicación de sanciones ante un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de opinión, no basta con detenerse a establecer que la conducta procesalmente verificada se adecúa completamente a la tipificación prevista en la ley, en función del principio de legalidad, es indispensable también que esta

---

274 *Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 27: "En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*

*La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.*

275 Sobre el carácter absoluto de la censura previa, consultar: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.230, Informe No. 11/96, Chile, Francisco Martonell, 3 de mayo de 1996. Ver también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Última Tentación de Cristo en contra de Chile, sentencia de fondo.

normativa sancionadora mantenga una armonía sistémica en relación a las cláusulas pétreas que caracterizan a un estado constitucional de derechos; de ahí que, una decisión estatal, formulada en sede administrativa o jurisdiccional es arbitraria cuando no respeta el estándar propio de las medidas restrictivas al ejercicio de derechos por parte de terceros; y también, cuando, aún tratándose de una decisión coherente con la norma fundamental, no se encuentra satisfactoriamente argumentada.

Desde una perspectiva conceptual, tomada en abstracto, la libertad de opinión, de expresión y de prensa es la dimensión externa del derecho a la libertad de conciencia, elemento jurídico que atañe propiamente al fuero interno. No obstante, su cercanía e interdependencia impide que se pueda atender a una de ellas con exclusión de las demás.

La libertad de conciencia, derecho que se ejerce con antelación a expresar cualquier tipo de opinión, alcanza su mayor plenitud cuando se la construye a partir de información veraz, objetiva pero también de opiniones de otras personas que son libremente escogidas como referentes válidas.

No obstante, estas mismas premisas, cuando son falsas<sup>276</sup> o intencionalmente tergiversadas pueden conllevar a la violación de otros derechos como el de la honra de otras personas; de ahí que, en un sistema, como el ecuatoriano, en el que todos los derechos gozan de idéntica jerarquía, resulta jurídicamente inviable adoptar teorías como aquella de las *libertades preferentes*, caracterizada por otorgar a la libertad de opinión un mayor peso abstracto, en relación con otros derechos y libertades constitucionales, dada su indiscutible relevancia para la consolidación del sistema democrático, según así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>277</sup>

---

276 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho a la verdad tiene un carácter colectivo. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10 258, Informe No. 1/97, Ecuador, Manuel García Franco, de 12 de marzo de 1997.

277 Sobre la línea jurisprudencial desarrollada por el máximo órgano de justicia en los Estados Unidos de América, ver: Eduardo García de Enterría, *la Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 143ss.

Por el contrario, el sistema jurídico ecuatoriano no otorga ningún peso abstracto especial a ningún derecho, salvo los relativos a los de niñez y adolescencia en virtud del principio de interés superior, por lo que ante conflicto entre derechos, se ponderará, considerando criterios de idoneidad, necesidad<sup>278</sup> y proporcionalidad entre el principio privilegiado y la menor restricción posible al derecho que cede; de ahí que se trate de un ejercicio del alta técnica jurídica, pero a la vez, de un proceso profundamente argumentativo.

Ahora bien, desde la base de la libertad de conciencia, ésta solamente puede ser tal, si una persona cuenta con el acceso a todo tipo de información y a pluralidad de opiniones, para lo cual, es indispensable que la libertad de expresión esté debidamente garantizada, no solo en función de quien habla, sino también de quien recibe esa opinión, la descodifica y transita entre su calidad de receptor, hacia la de emisor.

La libre circulación de información, ideas y opiniones, desde una perspectiva de derechos humanos es un fin en sí mismo, pero a la vez, adquiere una dimensión social, al actuar como medio para la formación de una genuina opinión pública. La Suprema Corte de Justicia del Uruguay ha sostenido que el contenido de crítica política que se hace por distintos medios tiene una utilidad social que excluye a la antijuridicidad puesto que implica un verdadero servicio público.<sup>279</sup>

Por lo dicho, la calidad multidimensional de la libertad de opinión, no se agota en su nivel individual, también debe atenderse a ella, desde su función social y pilar fundamental de toda democracia.<sup>280</sup>

---

278 Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el adjetivo necesario no es sinónimo de indispensable, pero tampoco puede ser interpretado en términos tan amplios como por ejemplo: útil, normal, razonable u oportuno. Ver: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Handyside*, sentencia de fondo, párrafo 48.

279 Edison Lanza. *La libertad de prensa en la jurisprudencia uruguaya*, Montevideo, Fundación K. Adenauer, 2004, pp. 47-54.

280 “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opiniones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 05/85, párrafo 70.



De acuerdo con el preámbulo de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión, este derecho “...es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos...”.

Por su parte, la libertad de expresión, al igual que cualquier otro derecho, no puede tener carácter de absoluto porque su ejercicio abusivo conlleva a la negación de otros derechos; por ejemplo, la posibilidad de insultar a alguien en nombre de la libertad de opinión, implica desconocer que la persona agraviada tiene derecho a conservar su buena reputación; de ahí que, esta libertad y cualquier otro tipo de libertad admite restricciones legítimas, para posibilitar su convivencia armónica con todos los demás derechos que integran el sistema constitucional.

La protección a la honra tiene implicaciones diferentes, de acuerdo con la persona que recibe la desaprobación del comunicante. En el caso de funcionarios públicos. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>281</sup> señaló que las normas sobre desacato brindan a los funcionarios públicos un grado de protección tan alto que resulta contradictorio con el derecho de la ciudadanía a fiscalizar las actuaciones de las servidoras y servidores públicos, derecho que, para el caso ecuatoriano consta consagrado en el artículo 61, número 5 de la Constitución de la República.<sup>282</sup>

El artículo 13 de la Convención Americana, al establecer criterios de responsabilidad ulterior, acoge la teoría de los *límites internos*; según la cual, todos los derechos tienen una esfera propia para su ejercicio, la misma que deja de ser un derecho y, como tal, pierde toda posibilidad de tutela, cuando su desbordamiento interfiere negativamente sobre el núcleo esencial de otro derecho y, cuando esto ocurre, se activa la potestad sancionadora y la obligación reparadora que tiene el Estado, por ser el principal garante de los derechos y garantías fundamentales.

---

281 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Compatibilidad de las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, P. 218

282 El Tribunal Contencioso Electoral, en la sentencia dictada en el caso 072-2013-TCE, textualmente se expuso: “La propaganda materia de análisis utiliza una caricatura animada con la imagen del Presidente de la República; sin perjuicio de ello, debe aclararse que la sátira, por sí misma, no constituye un recurso prohibido por la Constitución y la Ley para la difusión de propuestas programáticas; salvo que, como ya se dijo, se atentare contra los derechos fundamentales de cualquier persona o contra los principios pétreos que sustentan al régimen constitucional y democrático de derechos y justicia.”

Así, volviendo al artículo 13 de la Convención Americana, el ejercicio del derecho a la libertad de opinión se desborda y se torna abusivo y, como tal, objeto de sanción, cuando se presente como un impedimento para ejercer el derecho al honor de terceros, atente contra la seguridad nacional, amenace a la moral de infantes y adolescentes y cuando se la emitiera como una apología de la violencia, la discriminación o el odio contra otras personas o grupos.

Ahora bien, una vez agotado está brevísima suerte de marco conceptual, el motivo de análisis que incumbe a la presente exposición, no es otro que la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Electoral de Ecuador, dentro del caso signado con el número 148-2013, para lo cual, me basaré, como punto de apoyo en el estándar establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su denominado *test de Estrasburgo*; cuyas máximas, fueron también acogidas por la Corte Interamericana, al decir que toda restricción a la libertad de expresión y opinión es legítima, siempre que:

- La sanción cumpla con los requisitos de la reserva de ley, esto es que se encuentre previamente tipificada como infracción en una norma jurídica con jerarquía de ley; así como, que la sanción también conste en la ley y que sea impuesta por una autoridad competente, luego de agotar el respectivo procedimiento.
- Que la sanción sea idónea para asegurar el ejercicio de derechos por parte de terceros.
- Que la sanción prevista fuere el mecanismo menos gravoso para cumplir con el objetivo planteado.
- Finalmente, y según lo expone la Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva 5, la restricción tiene que ser compatible con las premisas básicas de un sistema democrático.

Dicho esto, en adelante procederé a analizar el caso propuesto, en base al estándar internacional expuesto. Para lo cual, considero indispensable hacer una brevísima referencia a los hechos que motivaron la instrucción de la causa, materia de estudio.

## 2. Los hechos del caso propuesto

Los hechos del caso propuesto fueron los siguientes: El pastor evangélico Nelson Zavala Avellán, candidato a la Presidencia de la República por el partido Roldosista Ecuatoriano, durante las elecciones generales de enero de 2013, dio declaraciones en diferentes medios de comunicación social en los que aludía a la comunidad GLBTTI que agrupa a personas de diferentes preferencias sexuales como geys, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexos.

Entre las declaraciones del candidato presidencial, hemos recogido las que, para objeto de nuestro estudio, resultan ser las más relevantes:

“La homosexualidad es un acto de inmoralidad”; “Amo profundamente como Dios ama al homosexual, al adúltero, al fornicario, al estafador, al borracho, pero nunca aceptaré este estado de homosexualidad, de delincuencia y de borrachera.”; “... no se les puede dar derechos que Dios no los considera, eso de que un hombre se case con otro hombre, eso es una aberración...”; “la homosexualidad que es un pecado, se estaría discriminando a la familia heterosexual en el momento en que se favorece la inmoralidad sexual de una minoría...”

Declaraciones como estas motivaron a que una representante del movimiento GLBTTI plantee una acción en contra del candidato, ante el presunto cometimiento de una infracción electoral, dado el trato discriminatorio al que se hizo referencia. Una vez agotada la sustanciación de la causa, el Tribunal Contencioso Electoral impuso al infractor una sanción consistente en la suspensión del ejercicio de los derechos de participación, por un año, conjuntamente con una pena, de naturaleza pecuniaria.

Una vez expuestos los hechos, materia de juzgamiento, dividiré este análisis en 3 partes: la primera versará sobre el cumplimiento, o no de

los estándares internacionales por parte del Tribunal Contencioso Electoral en la emisión de esta sentencia. La segunda parte se hará cargo de la dimensión conceptual del laicismo, toda vez que el Tribunal Contencioso Electoral consideró que este principio y elemento constitutivo del estado resultó agraciado por las actuaciones de Zavala; y finalmente, nos referiremos a las consecuencias de esta decisión, a la luz de los principios que inspiran y definen a todo sistema democrático.

### 3. Sobre la reserva de ley

La Constitución ecuatoriana, al igual que casi todas las Constituciones de occidente, consagran el principio de *reserva de ley* en materia de tipificación de infracciones y establecimiento de sanciones. Este principio actúa dentro del ordenamiento jurídico como una garantía de protección para toda persona, en cuanto impide actuaciones arbitrarias provenientes del Estado, quien, por ser el depositario legítimo del monopolio de la fuerza, tiene que estar sometido al derecho a fin de prevenir abusos.

Por otra parte, la propia carta fundamental ecuatoriana en su artículo 11, número 2 proscribire toda posibilidad de discriminación en contra de personas o grupos humanos, en base a características inherentes a su identidad, entre las que menciona expresamente a la “*orientación sexual*”, estableciendo además una delegación a la ley para que establezca las sanciones correspondientes ante cualquier acto discriminatorio.

Sin perjuicio de ello, resulta curioso que la Ley Orgánica Electoral o Código de la Democracia no tipifique como infracción la perpetración de opiniones discriminatorias que fueren expuestas durante el desarrollo de la campaña electoral. Esta laguna normativa, colocó al Tribunal Contencioso Electoral frente a una disyuntiva. Por un lado, pudo decirse que, ante la falta de tipificación legal expresa, existía la imposibilidad jurídica de aplicar cualquier tipo de sanción. A criterio de las autoridades que integramos el Pleno de este órgano de administración de justicia, esta respuesta, aún siendo legal, no arrojaba una consecuencia apegada a la justicia porque permitía que la dignidad del colectivo GLBTI siga siendo impunemente agraviado en su dignidad.

La otra posibilidad, y de hecho la que se adoptó, se basó en el siguiente razonamiento: si el estado ecuatoriano se autodefine, en el artículo primero de la Constitución, como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, esto implica que los derechos humanos actúan dentro del sistema como la fuente primigenia de toda expresión jurídica, por lo que no sólo es una norma llamada a mandar, prohibir o permitir, también son principios que confieren a toda norma jurídica un fundamento formal, pero sobre todo un contenido axiológico, que guía su interpretación, aplicación, a la vez que dota de unidad y coherencia al sistema jurídico, por actuar en calidad de *regla de reconocimiento*, según lo concibe la filosofía positivista de Hart.

Por otra parte, este contenido valórico que se irradia, desde la Constitución, hacia toda la normativa secundaria, no puede producir ningún efecto contrario a los elementales criterios de justicia. Esta tendencia hacia “lo justo” no puede ser interpretada desde un carácter moralista de libre convicción porque nos atraparía en un relativismo tan amplio que haría imposible distinguir al derecho, de otros regímenes normativos. “La conducta inmoral, en definitiva, deberá, en su caso, ser estimada jurídicamente ilícita y coactivamente reprimida, no por su inmoralidad, sino en la medida en que interfiera en la libertad de los demás y, por tanto, en su posibilidad de una conducta moral.”<sup>283</sup>

La justicia propuesta por la Constitución se refiere a una moral institucionalizada, una moral basada en derechos, como la propuesta por Ronald Dworkin, en la que todas y todos estamos de acuerdo en conservar y potenciar, por saberla legítima y exigible. Se trata pues de una suerte de “*consenso traslapado*” según lo caracterizado por John Rawls que establece principios mínimos de convivencia pacífica. Recordemos que la legitimidad democrática de la constitución ecuatoriana, tiene origen en su aprobación, vía referendo, por autoridad de propio soberano.

Según lo hemos venido sosteniendo, lo justo, en términos constitucionales, adquiere una dimensión objetiva, en cuanto existen parámetros de interpretación incuestionables. Por ejemplo, la Constitución en su artículo

---

283 Alonso Fernández-Miranda, “Estado laico y Libertad Religiosa”, p. 65, disponible en: [dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link...0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link...0), (fecha de consulta: 15/05/2013).

11, número 9 establece: “*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución*”; por otra parte, el mismo cuerpo normativo prevé que los derechos constitucionales y aquellos reconocidos por el Derechos Internacional de los Derechos Humanos son de directa e inmediata aplicación; esto implica que toda autoridad está prohibida de violar, por omisión, un derecho, bajo el pretexto de una eventual inexistencia de la norma de desarrollo.

En suma, el Tribunal Contencioso Electoral, consiente que una de las formas previstas por el Derecho Internacional para reparar la violación de derechos, consiste en investigar y sancionar a las personas responsables de tales hechos, aplicó la sanción anteriormente señalada, en base a una norma que consta en la Ley Electoral, cuyo tenor literal expone: “*Constituyen infracciones de los sujetos políticos, de las personas naturales y jurídicas, las siguientes: ... 2 La inobservancia de las resoluciones y sentencias del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral...*”. Cabe señalar que previamente, el Consejo Nacional Electoral, órgano encargado del control de la propaganda en esta materia, conminó al candidato para que se abstenga de emitir declaraciones que discriminen a la comunidad GLBTTL.

De esta forma, el TCE cumplió con las exigencias relativas, al principio de legalidad.

#### **4. Sobre la idoneidad de la sanción, en función del fin legítimo perseguido**

La Ley Orgánica Electoral, en su artículo 331, número 7 establece, entre las obligaciones comunes a las organizaciones políticas, la de “*Abstenerse, en su propaganda política o electoral, de cualquier expresión que discrimine o afecte a la dignidad de las personas o utilicen símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso en su propaganda...*”.

La reincidencia en las conductas descritas en este artículo, podrían conllevar la suspensión temporal o definitiva del partido o movimiento político, lo que implicaría la descalificación de las candidaturas que participan bajo su patrocinio.

Para nosotros, fue claro que una sanción, de cualquier índole, no solo se justifica como medida de defensa del derecho, desde su dimensión objetiva; siendo a mi modo de ver, un fin inmediato legítimo. Sin perjuicio de ello, una norma sancionatoria, desde nuestro modelo constitucionalista, tiene como fin mediato, el garantizar la plena vigencia material de los derechos de las personas.

Para el caso en concreto, el fin legítimo mediato, guarda relación con los derechos a la igualdad y no discriminación, el derecho a la honra, a la libertad de imagen, a no ser objeto de denigración o violencia, por ocasión del ejercicio pleno del derecho a la libertad sexual, todos ellos consagrados en el ordenamiento jurídico interno e internacional.

Para este análisis, me centraré en el derecho a la honra, como límite consustancial al derecho a la libertad de opinión y a todos los demás derechos citados. Todo ello, como una consecuencia lógica del carácter *interdependiente* que le es propio a los derechos humanos.

El derecho a la honra puede ser abordado desde dos perspectivas; una *objetiva*, que guarda relación con la reputación de una persona; es decir, en cuanto a su mayor o menos aceptación social. Desde una perspectiva subjetiva, el derecho a la honra se relaciona con la autoestima, o la imagen positiva o negativa que una persona tenga de sí misma.<sup>284</sup>

Desde la dimensión objetiva de la honra, que la que tiene relevancia para vuestro estudio, son expresiones como *conducta aberrante*, expresiones que equiparan a las prácticas homosexuales con actos delincuenciales o pregonar la desaprobación de la divinidad ante conductas calificadas como antinaturales constituyen, *per se*, un llamado al escarnio social, a la marginación de las personas aludidas y a la estigmatización de un grupo humano.

Por otra parte, el pastor Zavala sustenta su opinión en una “verdad trascendental” proveniente de Dios. Cabe indicar que, toda moral única, por carácter de tal, es excluye y claramente antidemocrática y, lo que es

284

Ver: Antonio Magdaleno Alegría, *Los Límites a la Libertades de Expresión e Información en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, p. 293.

peor, agravia a personas por el solo hecho de tener preferencias sexuales diferentes a los de la mayoría, siendo esta una categoría de diferenciación prohibida por la Constitución.

Declaraciones estigmatizantes como estas, pueden ser el germen para que grupos de fieles se vean llamados a erradicar estas conductas de forma violenta, lo que pone en riesgo la integridad física y hasta la vida de las personas que se identifican con la comunidad GLBTTI. El llamado al exterminio de aquello que no es deseado por Dios, o que va en contra de su “*ley eterna*” fue precisamente el fundamento que desató una barbárica cacería de brujas en los tiempos de la inquisición, en el Medioevo.

El etiquetamiento de un grupo humano como “*socialmente perjudicial*” y su eco en los medios de comunicación social fue la chispa que desató el genocidio perpetrado por los Hutus, en contra de los Tutsis en Ruanda, en abril de 1994. En este caso, el gobierno genocida, por medio de una radio, organizó a sus miembros para exterminar a otro grupo tribal. Otro caso en los que la discriminación llegó al exterminio de grupos humanos, tiene como otro ejemplo histórico a la guerra en Bosnia.

Estos casos de gravísimas violaciones al Derecho Internacional Humanitario fueron conocidos y juzgados por Tribunales *ad hoc*, pero su importancia; más allá de aportar con algunos principios base para la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra y sus respectivos protocolos adicionales, demuestran que toda forma de discriminación, exclusión, etiquetamiento o estigmatización de un grupo hacia otro, debe ser erradicado de raíz, provenga de donde provenga, antes de que alcance una magnitud que la convierta en incontrolables.

Dicho esto, para el TCE es claro que la imposición de una sanción a un candidato que atentó contra la dignidad de una persona o colectivo es idónea en tanto llama a la atención del infractor y del resto de partícipes en la contienda electoral para que, en lo posterior, se abstengan de conductas que denigren a terceros.

En definitiva, se considera que uno de los aportes más relevantes del fallo analizado, en cuanto a la tutela efectiva de los derechos de la comunidad GLBTTI, por cuanto incorpora, vía jurisprudencial, un criterio



de protección a minorías, no solo tiene un efecto sancionador, también una consecuencia disuasiva para garantizar su no repetición.

De esta manera se justifica la idoneidad y la necesidad de la medida adoptada, pero sobre todo, la oportunidad con la que fue dictada, en cuanto se desarticuló cualquier posibilidad de entrar en una lógica de espirales de violencia, lo que es una garantía para las personas y para la subsistencia del sistema democrático.

## **5. Sobre la proporcionalidad de la medida sancionatoria**

Para el análisis de este punto, es conveniente retomar el análisis sobre la libertad de expresión. Para ello, resulta importante enfocarnos en la naturaleza más básica de la opinión, como expresión del pensamiento humano y actividad protegida por el derecho.

Reconocemos a la opinión como un punto de vista personal en el que se expresan juicios de valor sobre cualquier tema. Desde este punto de vista, puede identificarse una esfera objetiva y otra subjetiva. La esfera objetiva corresponde a aquellos hechos que, entendidos como ciertos por el argumentador, fungen como premisas en la construcción de un razonamiento exteriorizado. La esfera subjetiva corresponde a la valoración, más o menos arbitraria, que el agente le da como conclusión a su construcción intelectual.

Esta última esfera está naturalmente condicionada por aspectos culturales, psicológicos, educación formal e informal y hasta por los prejuicios del sujeto activo de la opinión. Lógicamente, este aspecto no puede ser objeto de comprobación, por lo que sancionarlo, solo sería posible si se lo contrasta con otro juicio, de carácter igualmente subjetivo y; como tal, el estado estaría incurriendo en la misma acción que sancionaría por repudiarla, tal como ocurre en los casos de pena de muerte.

Por su parte, la esfera objetiva; esta es, la que sirve de fundamento para el juicio de valor, sí es materia de control posterior, no solo porque puede basarse en hechos que no son ciertos, son maliciosos o se sustentan en criterios proscritos por el ordenamiento jurídico. En el caso Herrera Ulloa, en contra de Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos condenó al Estado por sancionar a este periodista por reproducir información, con relevancia política, que resultó ser falsa. En este caso, la Corte consideró como un eximente de responsabilidad, el hecho de haber citado la fuente, ya que es ésta la que asume la responsabilidad de lo publicado.

De ahí que, pese a que la opinión difundida, desde la esfera subjetiva del derecho a la libertad de prensa, se apoyó en información falsa; no se puede concluir que el periodista obró con *real malicia* o *animus injuriandi*, en cuanto fue capaz de citar la fuente de la que obtuvo sus premisas. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la libertad de expresión debe abarcar no solo las ideas favorables, sino también las que “...*chocan, inquietan u ofenden*”.<sup>285</sup> Esta doctrina puede ser apreciada también en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en casos como Olmedo Bustos, contra Chile y en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>286</sup>

La teoría de la *real malicia* que es la aceptada por la Corte Interamericana, según se desprende del caso Herrera Ulloa, produce una inversión en la carga de la prueba, la misma que es asumida por quien emitió el criterio, toda vez que las injurias, por ser una de las especies de los delitos de difamación constituyen genuinos delitos de tendencia.<sup>287</sup> En casos como estos, previo a aplicar una sanción es importante verificar, no solo que la opinión se basa en información falsa, es importante que la persona que emitió la opinión pruebe que actuó de buena fe y, pese a reconocer una apreciación errada, ésta fue inducida por fuentes que asumió confiable. Esto no ocurre cuando una opinión se basa en valores constitucionalmente proscritos ya que éstos, en todos los casos son merecedores de sanción por ser una incitación a la violación de derechos, a la apología de la violencia y/o al desacato de esos mínimos de convivencia pacífica que le son consustanciales a los estados constitucionales de vocación democrática.

---

285 Corte Europea de derechos Humanos, *caso Handyside en contra de El Reino Unido*, sentencia dictada el 7 de diciembre de 1976.

286 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Castells*, Sentencia de fondo, párrafo 42.

287 Fernando Urioste Braga, *Libertad de Expresión y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Euros, 2008, p. 343.

Para el caso en concreto, la opinión expuesta por el candidato presidencial se sustenta en una supuesta “palabra de Dios”; es decir, una fuente no oficial y de imposible comprobación como fuente racionalmente confiable. Desde la esfera objetiva de la libertad de opinión, las expresiones emitidas fueron estigmatizantes y discriminatorias; es decir sustentado en valores proscritos por el sistema jurídico, por ser excluyentes, con lo que se comprobó el *animus injuriandi* y como tal, merecedora de sanción jurídica.

El efecto injusto de las declaraciones del pastor Nelson Zavala adquieren mayor gravedad para los objetivos de un sistema constitucional de derechos, por cuanto es pronunciado por una persona que lidera a una organización política y, como tal tiene mayor incidencia en la opinión pública, por su capacidad de movilizar a un sector indeterminado de la ciudadanía. Por otra parte, devela una contradicción intrínseca del sistema electoral en cuanto se permitió la participación de una persona que proclama principios de exclusión lo cual es manifiestamente antidemocrático.

Por otra parte, la existencia de un dominante se explica históricamente por la imposición efectuada por grupos dominantes. Recordemos que, si bien es cierto, en América Latina, la religión católica es la más extendida, la historia demuestra que tal supremacía, no se da por la verdad de sus postulados o por tener una coherencia interna superior a otras formas de espiritualidad; por el contrario, sus raíces en el continente, es consecuencia de la más cruel imposición perpetrada por una potencia colonizadora que sustituyó a las deidades de los pueblos originarios por la autoridad que le confirió un genocida derramamiento de sangre.

Los pensamientos que proclaman sistemas únicos de valores religiosos, sin perjuicio de su carácter excluyente y la división binaria y adversarial entre fieles y herejes, se presenta como un elemento inaceptable para la naturaleza laica del Estado.

En definitiva, la sanción de suspensión del ejercicio de los derechos de participación al Pastor Nelson Zavala es proporcional, en cuanto impide momentáneamente la participación política a una persona que proclama valores antidemocráticos, sin incurrir en sanciones exageradas o que no guarden relación con la conservación de los derechos y valores que el sistema pretende preservar.

## 6. Sobre el laicismo y sus aportes al caso en concreto

Previo a analizar lo que el TCE razonó respecto del laicismo frente al caso, materia de estudio, es importante hacer algunas precisiones de carácter conceptual.

En lo que a este estudio se refiere, entenderemos por “*Laicidad*” al criterio de diferenciación que existe entre lo político y lo religioso, esto podría caracterizarse con la frase bíblica de *dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios*. Esta distinción fue expresamente aceptada por la Iglesia Católica, en el Concilio Vaticano II, pese a que se enfatizó sobre la importancia de inculcar valores cristianos en la educación de niñas, niños y adolescentes.<sup>288</sup>

La relación Iglesia-Estado ha tenido diferentes fisonomías a lo largo de la Historia. En la Edad Media los dos sistemas normativos permanecieron fusionados, hasta el punto de ser confundidos. El poder del monarca se legitimaba en sí mismo, por ser elegido por Dios en cuyo nombre ejerce el poder político. La corona son símbolos de poder conferido por Dios a un hombre, quien no puede gobernar si no es bajo el beneplácito de la Iglesia.

Una segunda etapa de la relación Estado-Iglesia se dio en la modernidad, cuyo fundamento filosófico descansa en la denominada ilustración francesa, la misma que sustituyó el culto a Dios, por el culto a la razón humana. El régimen jacobino se presenta como un movimiento anticlerical, lo que resulta obvio, si consideramos que la revolución francesa tuvo como mayor efecto el de terminar con el régimen monárquico feudal y, según se dijo, el clero era el mayor depositario del poder político del sistema depuesto.<sup>289</sup>

La tercera etapa que es la que podría caracterizar al estado actual de nuestras sociedades, es el que nos remite al concepto de *laicismo*, expuesto en párrafos anteriores.

---

288 Ver: Diego Freedmann, “¿Estado Laico o Estado Liberal?” en: Patricio Dobrée y Line Bareiro comp., *La Trampa de la Moral Única*, Lima, UNIFEM, 2005, p. 68.

289 Ver: Fernando Savater, “Laicismo: Cinco Tesis”, abril 2004, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/39107373/Savater-Fernando-Laicismo-cinco-tesis> (fecha de consulta: 10/05/2013).

El laicismo puede ser entendido como la religión propia de la democracia. A diferencia de lo que un importante sector de la doctrina sostiene, el laicismo no quiere decir que el estado no tenga religión ya que esto implicaría adoptar una posición indiferente ante las prácticas religiosas. Por el contrario, sostengo que el laicismo contemporáneo propone que el estado es participe activo de todos los credos reconocidos por él; toda vez que, siendo la libertad de religión un derecho humano, su tutela efectivamente y en igual medida unas con otras, le corresponden al propio estado; por tanto es como si el estado, lejos de tener una religión, profese todas al mismo tiempo.

Para Jügen Habermas “...*el Estado liberal que protege por igual a todas las formas de vida religiosa tiene que eximir a los ciudadanos religiosos de la excesiva exigencia de efectuar en la propia público-pública una estricta separación entre las razones seculares y las religiosas, siempre y cuando esos ciudadanos lo perciban como una agresión a su identidad personal*”.<sup>290</sup>

El laicismo como garantía de protección para todo tipo de espiritualidad es la religión democrática por excelencia en cuanto permite la convivencia pacífica entre creyentes de diversos credos, sin establecer jerarquías entre ellas o peor aún, defender a una religión, en exclusión de todo no creyente e inclusive, a favor como una garantía de respeto a personas ateas que, en pleno ejercicio de su derecho a la libertad de conciencia, no participan de creencia religiosa alguna.<sup>291</sup>

Por otra parte el laicismo garantiza la libertad de elección, valor democrático por excelencia, y corrige una de las paradojas clásicas de la moral única. Los estados confesionales imponen cánones de creencias a sus fieles quienes las acatan, bajo prevención de ser sancionados por la autoridad. Entonces, si nos remitimos a la filosofía Kantiana según la cual, una conducta humana es conducta en tanto conlleva una decisión moral;

---

290 Jügen Habermas, *Entre naturalismo y Religión*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 135.

291 La diferencia conceptual entre laicidad y laicismo es tomada de: Rafael Palomino, “El Laicismo como Religión oficial”, pp. 1-5 disponible en: <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/899/paid/0/laicismo/como/religion/oficial/Default.aspx> (fecha de consulta: 12/05/2013).

es decir, una decisión libre, la imposición de un credo oficial anula la decisión moral, lo que le quita todo sustento a la religión.

Siguiendo a Prieto Sanchís, entendemos al estado confesional no solo como “...*aquel que proclama una religión oficial y protege a una iglesia determinada, sino también aquél que pretende orientar las opciones éticas y aun estéticas de sus ciudadanos privilegiando la posición de los partidos, sindicatos, empresas de comunicación o asociaciones mayoritarias...*”<sup>292</sup>

Por ello, el único fundamentalismo posible dentro de un estado constitucional sería aquel que John Rawls identifica como *fundamentalismo secular*, entendiendo por tal, al proceso de liberación del hombre, respecto de Dios y el desarrollo de una moral racional que tienda al desarrollo libre de la personalidad de la persona, para lo cual debe atender a sus necesidades objetivas, como individuo y como especie.

De acuerdo con el existencialismo ateo de John Paul Sartre,

...esta naturaleza humana, que es el concepto humano, se encuentra en todos los hombres, lo que significa que cada hombre es un ejemplo particular de un concepto universal, el hombre en Kant resulta de esta universalidad que tanto el hombre de los bosques, el hombre de la naturaleza y el burgués están sujetos a la misma definición (...) si Dios no existe, hay por lo menos un ser que existe antes de poder ser definido por ningún concepto (...) el hombre, tal y como lo concibe el existencialismo, si no es definible, es porque empieza por no ser nada. Solo será después, y será tal como se haya hecho.<sup>293</sup>

En el caso materia de estudio, el pastor Nelson Zavala, apoyado en una doctrina cristiana trascendental, descalificó a la comunidad GLBTTI al sostener que existen derechos de los que no pueden ser titulares, en cuanto Dios no les ha conferido. Este fundamentalismo religioso, excluyente y, como tal discriminatorio vulnera abiertamente el principio de laicidad, el

---

292 Luis Prieto Sanchís. “Religión y Política (a propósito del Estado Laico)” disponible en: [dspace.unav.es/dspace/bitstream/.../1/PD\\_53\\_04.pdf](https://dspace.unav.es/dspace/bitstream/.../1/PD_53_04.pdf) (fecha de consulta 02/05/2013).

293 Jean-Paul Sartre. *El existencialismo es un humanismo*”, Barcelona, Ediciones Folio, 2007, pp. 13-14.

mismo que no es contrario a la práctica religiosa, libre y respetuosa; por el contrario, es un prerequisite indispensable para la vigencia material de la libertad de conciencia y religión, en cuanto garantiza la coexistencia pacífica de un sinnúmero de creencias y prácticas rituales, bajo condiciones de mutuo reconocimiento.

## 7. El laicismo y la democracia

De esta perspectiva, la convivencia pacífica de diversas formas de pensar y hasta de relacionarse con un ser supremo, cualquiera que éste sea, sólo puede ser posible, dentro de un sistema democrático, de tinte laico. La propia sentencia analizada lo expone:

“El laicismo, desde la concepción que sostenemos no es, ni tiene que ser incompatible con el derecho a la libertad de religión; por el contrario, un estado laico es aquel en el que pueden convivir una multiplicidad de credos y recibir del Estado la misma protección y garantía de sus prácticas religiosas, situación impensable en un Estado Confesional en el que la razón de ser del Estado radica en la defensa de una única fe cuya posibilidad de realizarse, implica necesariamente la exclusión de todas las demás que pudieren existir y, como tal la obligación de reprimir a todo aquel que realice prácticas religiosas o formas de espiritualidad diferente a la oficial, lo cual, elimina la libertad religiosa como derecho humano.”<sup>294</sup>

No obstante, cuando se trata de una minoría, la democracia alcanza una dimensión sustancial, que la supera como simple método de adopción de decisiones. La democracia sustancial, según lo desarrolla Luigi Ferrajoli, impone límites a las decisiones de las mayorías, en base al carácter inalienable de los derechos humanos.

Bajo esta dimensión sustancial de la democracia, la doctrina reconoce un núcleo esencial intangible que por el hecho de ser tal, estaría sustraído del alcance de cualquier expresión de poder, sea éste público o privado. La doctrina española a esta esfera de lo indecible, la ha llamado el *coto vedado*.

---

294  
TCE.

Tribunal Contencioso Electoral, Sentencia de Segunda Instancia dictada dentro del caso 148-2013-

Esta democracia sustancial se presenta como una garantía especialmente dirigida a grupos humanos vulnerables, en cuanto permite su existencia y previene su enajenación, elementos que pudieren verse amenazados por mayorías que, por el hecho de contar con los votos necesarios o el poder *de facto* suficiente, podrían utilizar el método democrático e inclusive la violencia para eliminar a grupos diversos, atentando así en contra la democracia y los valores que la definen.

Estos límites infranqueables para cualquier poder, por emanar de la Constitución, es decir, de la norma jurídica fundamental, tiene que ser resguardado por una autoridad jurisdiccional, de la más alta jerarquía.

En el caso planteado y aún reconociendo que las expresiones emitidas por el pastor Nelson Zavala pueden ser compartidas por un sector social y religioso más amplio, en sentido puramente cuantitativo, cuya capacidad de movilización puede incitar a la violencia, es ahí justamente donde adquiere relevancia constitucional de la administración de justicia, como garante de la constitución y de la paz social.

Desde esta perspectiva y, asumiendo que los derechos humanos constituyen *la ley del más débil* frente a la ley de la selva en la que predomina la ley del más fuerte, según Ferrajoli, su tutela es una obligación impostergable para toda corte, tribunal o autoridad administrativa o jurisdiccional.

En este sentido, tomarse los derecho en serio y adoptar todas las medidas que estuvieren a su alcance para garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos y fundamentales de todas y todos, pero muy especialmente, para aquellas personas y colectivos que, por desequilibrios sociales de los que no son, ni pueden ser culpables, no acceden a los medios necesarios para ejercer sus derechos, por sí mismos, los derechos son un medio para alcanzar el libre desarrollo de la personalidad por parte de quien, no compartiendo los valores de la mayoría, es igual en valor y derechos, por ser portadora o portador de la dignidad que nos reconoce y nos da el valor que tiene todo ser humano.

En este contexto, la tolerancia no es suficiente, lo que exigimos como seres humanos es respeto de todos los hombres y mujeres, y hasta de Dios, si esto fuere necesario.



**BIBLIOGRAFÍA**

Alegria, Antonio Magdaleno, *Los Límites a la Libertades de Expresión e Información en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006

Fernández-Miranda, Alonso, “Estado laico y Libertad Religiosa”, p. 65, disponible en: [dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link...](http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link...)

Freedmann, Diego. “¿Estado Laico o Estado Liberal?” en: Patricio Dobrée y Line Bareiro comp., *La Trampa de la Moral Única*, Lima, UNIFEM, 2005

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.

Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo y Religión*, Barcelona, Paidós, 2006.

Lanza Edison. *La libertad de prensa en la jurisprudencia uruguaya*, Montevideo, Fundación K. Adenauer, 2004.

Palomino, Rafael, “El Laicismo como Religión oficial”, pp. 1-5 disponible en: <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/899/paid/0//laicismo/como/religion/oficial/Default.aspx>

Prieto Sanchís. Luis “Religión y Política (a propósito del Estado Laico)” disponible en: [dspace.unav.es/dspace/bitstream/.../1/PD\\_53\\_04.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/.../1/PD_53_04.pdf).

Sartre, Jean-Paul. *El existencialismo es un humanismo*”, Barcelona, Ediciones Folio, 2007.

Savater, Fernando, “Laicismo: Cinco Tesis”, abril 2004, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/39107373/Savater-Fernando-Laicismo-cinco-tesis>

Urioste Braga, Fernando, *Libertad de Expresión y Derechos Humanos*, Buenos

Aires, Euros, 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Última Tentación de Cristo en contra de Chile, sentencia de fondo

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 05/85.

Corte Europea de derechos Humanos, *caso Handyside en contra de El Reino Unido*, sentencia dictada el 7 de diciembre de 1976.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Castells*, Sentencia de fondo.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.230, Informe No. 11/96, Chile, Francisco Martonell, 3 de mayo de 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Compatibilidad de la leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10 258, Informe No. 1/97, Ecuador, Manuel García Franco, de 12 de marzo de 1997.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Handyside*, sentencia de fondo.

Tribunal Contencioso Electoral, en la sentencia dictada en el caso 072-2013-TCE.

Tribunal Contencioso Electoral, Sentencia de Segunda Instancia dictada dentro del caso 148-2013-TCE.

Constitución de la República del Ecuador.

Convención Americana de Derechos Humanos.

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

