

# DIFERENCIACIÓN ENTRE LAS ACCIONES POSITIVAS Y LAS OTRAS MEDIDAS LEGALES DE TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL ÁMBITO LABORAL

DIANA ACOSTA JARAMILLO<sup>(1)</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

---

Nada más entrañable que escribir unas cuantas líneas en homenaje a mi queridísimo amigo Mario Pasco, con quien eternas horas debatimos sobre la discriminación en el trabajo a la mujer.

Justamente, el terreno de actuación propio de las acciones positivas es el de la discriminación. Ello supone, que sin situaciones de discriminación real y actual de personas que integran grupos o colectivos, las medidas de acción positiva carecen de sentido, y serían, por lo tanto, ilícitas. Ilícitud, claro está, que no queda circunscripta a esa sola hipótesis, sino que también quedaría configurada cuando una medida de acción positiva no resulte proporcionada, vale decir, cuando se trate de una medida que para impedir una discriminación grupal se traduzca en una discriminación del grupo opuesto al que se pretende proteger.

---

(1) Abogada, catedrática de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Catedrática de la Universidad de Guayaquil. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Ecuatoriana de Derecho del Trabajo. Ex asambleísta constituyente.

La doctrina es uniforme en el sentido de reconocer que las acciones positivas tuvieron su origen en EE.UU. Barrere Unzueta<sup>(2)</sup>, explica que la expresión tuvo su origen en la llamada Ley Wagner de 1935, agregando que su primera expresión está dada por la Orden Ejecutiva del 16 de marzo de 1961 del Presidente John F. Kennedy. A partir de entonces, tuvo lugar una copiosa jurisprudencia en el país del norte de América, acerca de la validez o invalidez de medidas concretas de acción positiva, siendo de cita obligada, aunque no se trate de un caso de discriminación femenina, el célebre caso “Bakke”<sup>(3)</sup>. El TJCE, registra importantes sentencias sobre el tema que me ocupa (1995, C-450/93, Asunto Kalanke; 1997, C-409/95, Asunto Marschall; 2000, C-158/97, Asunto Badeck; 2000, C-407/98, Asunto Abrahamsson; 2002, C-476/99, Asunto Lommers; y 2004, C-319/03, Asunto Briheche.

## II. LAS ACCIONES POSITIVAS: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL RESPECTO DE LAS MEDIDAS LEGALES DE TUTELA LABORAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER

---

### 1. Acciones positivas. Concepto y caracteres

La delimitación conceptual entre las medidas laborales de tutela legal y las acciones positivas establecidas en contra de la discriminación de la mujer, no es un tema que haya merecido dedicación por parte de la doctrina ecuatoriana. Existen sí, publicaciones muy elaboradas en torno a las acciones positivas en general, y a las medidas mencionadas en primer término, pero, en ninguna de ellas, se observa un análisis profundo destinado a establecer diferencias de concepto entre ambas.

Sin entrar en mayores detalles que exceden lo que me he propuesto para esta oportunidad, diré que no existe uniformidad en lo que hace a la terminología empleada para identificar aquellos planes o medidas implementados por los estados para hacer desaparecer situaciones concretas de discriminación. Se alude, en algunos países a las *affirmative actions*, o *positive actions*; también a las “acciones afirmativas” o “acciones positivas” y, finalmente, a las “discriminaciones positivas

---

(2) BARRERE UNZUETA, María Ángeles. “Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación, y acción positiva versus igualdad de oportunidades”. En: *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 60, punto III.1.

(3) University of California Regents c/ Bakke” (438 US 265 de 1978).

o inversas”<sup>(4)</sup>. Para el presente trabajo, utilizaré la expresión “acciones afirmativas”, no sin aclarar que me parece inapropiada la expresión “discriminación positiva” o “inversa”, en razón de que el término discriminación, en el ámbito jurídico, tiene connotaciones abiertamente negativas, por estar destinado a la identificación de ciertos comportamientos (prohibidos) que, por ello, son considerados ilícitos<sup>(5)</sup>. No es posible, pues, el uso de ese vocablo para identificar acciones o comportamientos lícitos.

La Constitución no define a las acciones positivas, sin embargo, alude a ellas, de manera transversal a lo largo de su texto constitucional<sup>(6)</sup> para garantizar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres, para el acceso a cargos electivos y partidarios; y para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y del pleno goce de derechos fundamentales, respecto de las mujeres.

El Ecuador es signatario de varios tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el Convenio N° 111 de la OIT, sobre la discriminación (empleo y ocupación).

La dificultad de dar una definición precisa de las acciones positivas, de alguna manera queda neutralizada al individualizar cada una de sus características<sup>(7)</sup>. En primer lugar, se trata de medidas o planes destinados a erradicar discriminaciones sistemáticas y actuales, de ciertos colectivos de personas (por ejemplo, la mujer). Que no de medidas de tipo individual para proteger contra una discriminación concreta. En segundo lugar, son medidas de carácter temporal, vale decir, destinadas a alcanzar el objetivo propuesto. En tercer lugar, debe tratarse de medidas aptas (adecuadas) para lograr el fin que se busca, y proporcionadas, de modo que no signifiquen una discriminación inversa, esto es, del grupo opuesto al que se pretende proteger.

---

(4) Al respecto, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Las acciones positivas en la reforma constitucional (artículo 75, inc.23, CN)*. Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obra N° 27, Buenos Aires, 1998; CONFALONIERI, Juan Ángel (h). “Comentario al artículo 17 de la LCT”. En: *Ley de Contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada*. (Dir. Rodríguez Mancini, Jorge). Tomo I, La Ley, 2007, p. 555.

(5) Cfr. CONFALONIERI, Juan Ángel. Ob. cit., p. 556. También: BARRERE UNZUETA, María Ángeles. Ob. cit., p. 145.

(6) Constitución de la República del Ecuador (Montecristi Asamblea Constituyente 2008).

(7) FABREGAT MONFORT, Gemma. *Las medidas de acción positiva*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 26-27.

## 2. Identificación de las medidas de tutela legal de la mujer en el trabajo ¿Representan ellas acciones positivas?

Diversas causas que en la actualidad ponen en entredicho la existencia de disposiciones destinadas a la regulación del trabajo femenino, sirvieron en su momento para su justificación. Que la mujer tiene a su cargo el cuidado del hogar y la educación de los hijos, o que puede resultar afectada por realizar trabajos en ciertas y determinadas horas del día, son hoy razones desactualizadas para justificar un trato diferenciado de la mujer respecto del hombre.

La normativa ecuatoriana en materia de no discriminación e igualdad de remuneración, a mi juicio, va más allá, de simples enunciados. Empiezo por la norma suprema, que en su artículo 11 numeral 2, dispone que: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”, y que nadie podrá ser discriminado entre otras razones, por el sexo, puntualizando el mismo inciso que la ley sancionará toda forma de discriminación y que “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

El artículo 66 numeral 4, relativo a los derechos de libertad, reconoce y garantiza a las personas el “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

En materia de política estatal prescribe el artículo 70 que el Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, incorporando el enfoque de género en planes y programas, para lo cual brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el Sector Público, disponiendo en ese mismo sentido el artículo 176 que para designar a los servidores judiciales se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres.

Nuestra carta magna, en materia laboral propiamente dicha, en la sección relativa al trabajo dispone lo siguiente:

**“Artículo 331.-** El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades.

Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo.

**Artículo 332.-** El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación

de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad.

Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.

**Artículo 333.-** Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares

El Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales; e impulsará la responsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.

La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley”.

Las constituciones a nivel mundial, consagran valores superiores de una sociedad, postulan principios, fines estatales y libertades fundamentales que se pretenden proteger, sin embargo, como podemos apreciar, la ecuatoriana, es preminentemente normativa.

El Código de Trabajo Ecuatoriano, es una normativa eminentemente tutelar en lo que se refiere a la mujer en el trabajo<sup>(8)</sup>. Las normas protectoras<sup>(9)</sup>,

---

(8) Mientras escribo estas líneas, ha llegado por parte del Ejecutivo a la Asamblea Nacional un Proyecto de Reforma al Código de Trabajo Ecuatoriano. Respecto de medidas protectoras, existe una importante novedad: el despido nulo “para las mujeres en estado de gestación y para los dirigentes sindicales”. Eso es lo que se conoce en el Derecho Laboral internacional como despido discriminatorio. El tratamiento que otras legislaciones (como la argentina) le dan al despido discriminatorio, es la nulidad del acto y la reinstalación o readmisión del trabajador, en el ámbito del empleo privado (es la actual doctrina de la CSJN, aplicando el artículo 1 de la Ley 23.592). En el Ecuador, el despido a una mujer embarazada acarrea únicamente una indemnización extra correspondiente a un año de remuneración, pero no existía la nulidad del acto ilegal, que es justamente aquello que se pretende incorporar.

(9) El artículo 138 prohíbe ocupar a mujeres y varones menores de dieciocho años en industrias o tareas que

garantizan por ejemplo, que la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo, y en caso de despido o desahucio el empleador deberá pagar una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración a la trabajadora, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten. Asimismo el artículo 155 se encarga de la protección a la maternidad brindándole a la madre trabajadora lactante durante los doce (12) meses posteriores al parto, una jornada de seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria.

¿Las medidas legales enumeradas precedentemente tienen la misma naturaleza jurídica? ¿Es posible trazar diferencia entre ellas? Si lo fuera, ¿cuáles serían los elementos a valorar? ¿Podría afirmarse que todas son acciones positivas, o que ninguna lo sea? Y en esta última hipótesis, ¿qué son?

Estimo que las normas detalladas en los renglones anteriores, contienen medidas de diferente naturaleza. Algunas son medidas de tutela que surgen del ordenamiento laboral respecto de la mujer; otras (las menos), son acciones positivas. Las diferencias entre ambas las explico de inmediato.

- a) Las acciones positivas, requieren discriminaciones sistemáticas, actuales y colectivas. En cambio, las otras medidas legales de tutela laboral, tienen un campo de aplicación más extenso, pues, no todas van dirigidas a contrarrestar un acto discriminatorio (por ej. el derecho de lactancia). Pero, las que si persiguen ese objetivo, se diferencian de las acciones positivas, porque apuntan a prevenir discriminaciones futuras, o sancionar las presentes, tratándose, en ambos casos, de discriminaciones de carácter individual.
- b) Las medidas de acción positiva tienen carácter temporal, por lo que están llamadas a desaparecer una vez que se ha logrado el objetivo de hacer desvanecer la discriminación actual y colectiva. Al contrario, las otras medidas antidiscriminatorias, son estables en razón de que fueron pensadas para evitar posibles discriminaciones individuales y futuras, o para sancionar la que fuera actual.
- c) Siempre una acción positiva requiere un hacer para erradicar una situación de discriminación colectiva actual. En cambio, las restantes

---

sean consideradas como peligrosas e insalubres, que puedan constituir un grave peligro para la moral o para el desarrollo físico de mujeres y varones menores de la indicada edad. Referente al límite máximo de carga para la mujer, el artículo 139 establece que el transporte manual de carga en que se empleen mujeres son sus respectivos límites máximos.

medidas legales analizadas, establecen prohibiciones como mecanismos de defensa contra la discriminación, que, violadas, otorgan derechos al perjudicado.

- d) Los derechos violentados no son los mismos cuando las medidas legales son ilegítimas. Cuando la ilegalidad afecta a una medida de acción positiva, estará en juego (siempre), el derecho de no discriminación de un grupo (el opuesto al que se ha querido proteger). De ahí que a este tipo de discriminación se la denomine inversa. En cambio, cuando la ilegalidad afecte a una medida que no sea susceptible de ser caracterizada como acción positiva, podrá haberse violado, a nivel individual, el derecho de no discriminación de una persona del sexo opuesto, y también (pero no simultáneamente), el derecho de propiedad (artículo 66 numeral 26 de la Constitución de Ecuador), derechos de libertad (artículo 66, numerales 15 y 16 de la Constitución del Ecuador), el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva y el derecho a la libertad de contratación.

Particularmente considero que la citada normativa (legal) ecuatoriana, respecto de la protección a la mujer en el trabajo, es eminentemente tutelar, mas no constituye acciones afirmativas propiamente dichas.

Una de las normativas de acción afirmativa que tiene la legislación ecuatoriana, es la **Ley de Amparo Laboral de la Mujer** de 1997 que traía consigo 2 artículos que propiamente constituían las medidas afirmativas:

Artículo 1.- Al artículo 41 del Código del Trabajo, agrégase el siguiente numeral:

“Contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras (mujeres), porcentaje que será establecido por las Comisiones Sectoriales del Ministerio del Trabajo, establecidas en el artículo 125 (124), de este Código”.

Artículo 3.- Al numeral 10 del artículo 23 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, agrégase el siguiente inciso:

“Las Cortes Superiores estarán integradas por un mínimo de veinte por ciento de mujeres como ministros jueces y mantendrán igualmente un mínimo de veinte por ciento de mujeres en su nómina de jueces, notarios, registradores y demás curiales”.

El primer artículo nos remite a otra norma que son las comisiones sectoriales, las cuales nada dicen respecto del porcentaje mínimo de contratación a la mujer, y el siguiente artículo en el año 2009, Ley Orgánica de la Función Judicial fue derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial, el cual dentro de su articulado dispone únicamente que “se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres; a través de los procedimientos establecidos en este Código” (artículo 52). Desde luego no es lo mismo “propender” que garantizar un mínimo de participación, razón por la cual las referidas medidas no se aplican.

En este punto es importante destacar que el único organismo que con base en los preceptos constitucionales y a las medidas de acción afirmativas allí establecidas ha impulsado el tema de la igualdad real entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y a los cargos de jerarquía y dirección es el Consejo de Educación Superior (CES), que es un organismo de Derecho Público, con personería jurídica, con patrimonio propio, independencia administrativa, financiera y operativa, que tiene por objetivo la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior. Bajo esta normativa, el CES sobre la base de una medida de acción afirmativa pretende regular la participación de la mujer en la universidad ecuatoriana, pues entre sus atribuciones está la de monitorear el cumplimiento de los aspectos académicos y jurídicos de las instituciones de educación superior; disponiendo lo siguiente:

**“Artículo Único.-** En aplicación de lo dispuesto en el artículo 61, numeral 7, de la Constitución de la República y en el artículo 18, literales d) e i), de la Ley Orgánica de Educación Superior, el desarrollo de los procesos de elección de varias autoridades o representantes para los órganos de cogobierno en las universidades y escuelas politécnicas, en un mismo proceso eleccionario, deberá efectuarse respetando los principios constitucionales de alternancia, paridad de género, igualdad de oportunidades y equidad.

Los referidos principios son aplicables tanto a elecciones mediante listas como a elecciones unipersonales; en este último caso, deberá asegurarse la participación de personas de distinto género en las candidaturas individuales presentadas por un mismo movimiento o alianza electoral.

Los tribunales o consejos electorales de las universidades y escuelas politécnicas están obligados a garantizar el respeto de los referidos principios.

De la misma manera, los principios constitucionales de alternancia, paridad de género, igualdad de oportunidades y equidad, deberán respetarse para la designación de autoridades académicas.

Esta medida de acción afirmativa, *erga omnes*, fue dispuesta para todas las universidades y escuelas politécnicas del país, y por el incumplimiento el CES, ya ha empezado a sancionar, razón por la cual en base a esta medida coercitiva, el personal directivo, se encuentra contratando mujeres.

La citada resolución tiene como base legal la siguiente normativa: el artículo 61, número 7, de la Constitución de la República reconoce como derecho de las y los ecuatorianos: ‘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, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional’; en el artículo 18, literal d), de la LOES, determina que las universidades y escuelas politécnicas, en ejercicio de su autonomía responsable, tienen libertad para nombrar a sus autoridades, profesores o profesoras, investigadores o investigadoras, las y los servidores y las y los trabajadores, atendiendo a la alternancia y equidad de género, de conformidad con la Ley; en el inciso primero del artículo 55 de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), determina: ‘La elección de Rector o Rectora y Vicerrector o Vicerrectora, Vicerrectores o Vicerrectoras de las universidades y escuelas politécnicas se hará por votación universal, directa, secreta y obligatoria de los profesores o las profesoras e investigadores o investigadoras titulares, de los y las estudiantes regulares legalmente matriculados a partir del segundo año de su carrera, y de las y los servidores y trabajadores titulares. No se permitirán delegaciones gremiales’; en el artículo 56 de la LOES, dispone: ‘Cuando existan listas para la elección de rector o rectora, vicerrector o vicerrectora, vicerrectores o vicerrectoras, y demás autoridades académicas, deberán ser integradas respetando la alternancia, la paridad de género, igualdad de oportunidades y equidad conforme a la Constitución’”.

### III. CONCLUSIONES

---

1. El ordenamiento jurídico de Ecuador contempla el recurso a las acciones positivas como mecanismo para neutralizar discriminaciones por razones de sexo contra la mujer en el ámbito laboral.
2. Dichas acciones, en principio, no resultan violatorias de derecho constitucional alguno, a no ser que, por resultar desproporcionadas, impliquen una discriminación del colectivo opuesto al que se quiso tutelar.
3. Las acciones positivas representan un instrumento más en contra de la discriminación de la mujer en el trabajo, que se suma a otras medidas de tutela orientadas a ese fin.
4. La diferencia básica y fundamental entre las acciones positivas y las otras medidas de tutela creadas para ser aplicadas en la relación laboral consiste en la temporalidad de las primeras, en razón de estar concebidas para eliminar una concreta situación actual de discriminación de un colectivo de trabajadores (en este caso, las mujeres).

En materia de acciones afirmativas, queda claro que es mucho lo que falta por hacer, en especial, en el sur, donde la pandemia de la discriminación a la mujer sigue en aumento, a pesar de los muchos esfuerzos que llevan acabo organismos internacionales para tratar de erradicarla.

A pensar de que la normativa ecuatoriana es tutelar, y que las acciones afirmativas a favor de las segregadas se encuentran claramente estipuladas en nuestra Carta Magna, la discriminación de facto continúa existiendo, pues las sanciones y las exigencias no son obligatorias, sino potestativas. Un marco legal que delimite y determine las acciones normativas para erradicar la discriminación laboral a la mujer sigue siendo un tema pendiente, que sin duda dará mucho que hablar en los próximos congresos.