

## La discriminación estructural hacia las mujeres como nexo de la reparación transformadora: Análisis de las sentencias n.º 3-19-JP/20 y Acumulados y n.º 202-19-JH/21

### Structural Discrimination as a Nexus of Transformative Reparation: Analysis of the Judgments No. 3-19-JP/20 and Accumulated and No. 202-19-JH/21

Recibido: 15/09/2022 • Revisado: 15/09/2022 • Aceptado: 19/09/2022

 **Christian Alexander Paula Aguirre**  
Universidad Central del Ecuador  
Quito, Ecuador  
[capaula@uce.edu.ec](mailto:capaula@uce.edu.ec)

 **Alejandra Zambrano Torres**  
Pontificia Universidad Católica del Ecuador  
Quito, Ecuador  
[ale\\_zt26@hotmail.com](mailto:ale_zt26@hotmail.com)

#### Resumen

El presente trabajo tiene el objetivo de confrontar a la reparación integral con la transformadora desde la discriminación estructural, a partir del análisis comparado de las sentencias n.º 3-19-JP/20 y Acumulados y n.º 202-19-JH/21, desarrolladas por la Corte Constitucional del Ecuador. En esta reflexión se aplicó una metodología cualitativa desde las técnicas documentales de análisis. Las sentencias seleccionadas plantean realidades de la discriminación estructural que viven las mujeres desde el sistema patriarcal, pero que el derecho constitucional tiene la potencialidad de modificar a través del desarrollo de medidas apropiadas de reparación. En este abordaje se profundiza en la igualdad material como principio regente a desarrollar en las medidas de reparación para grupos históricamente discriminados, ya que viven situaciones de exclusión que los afectan de manera sistemática y que los mantienen subordinados y oprimidos, lo que provoca la discriminación estructural. Frente al reconocimiento estatal de esta discriminación, se genera una obligación de revertir o modificar la estructura opresora mediante medidas de reparación transformadora, y no solo resolver la superficialidad de un caso, que es el abordaje de la reparación integral. Por esto, se requiere de una ampliación de la concepción de la reparación en los casos de discriminación estructural.

#### Abstract

This paper aims to compare the concepts of integral and transformative reparation in cases of structural discrimination based on a comparative analysis of Judgments No. 3-19-JP/20 and Accumulated and No. 202-19-JH/21 by the Constitutional Court of Ecuador. In carrying out this reflection, a qualitative methodology was applied from documentary analysis techniques. The selected judgments show structural discrimination that women experience in their daily life due to a patriarchal system of society, but that constitutional law has the potential to modify through the development of appropriate reparation measures. This approach deepens material equality as it

#### Palabras clave

reparación integral  
reparación transformadora  
discriminación estructural  
derechos de las mujeres  
opresión  
derecho constitucional  
derechos humanos  
Corte Constitucional  
Ecuador

#### Keywords

integral reparation  
transformative reparation  
structural discrimination  
women's rights  
oppression  
constitutional right  
human rights  
Constitutional Court  
Ecuador

aims to develop reparations as the governing principle to be developed in reparation measures for historically discriminated groups, who live in situations of exclusion that affect them systematically and historically. This keeps them subordinated and oppressed by society and thus provokes structural discrimination. This calls for state recognition of this discrimination and a state obligation to reverse or modify this oppressive structure. Thus, it is concluded that the transformative reparation measures allow solving problems of structural discrimination, which is what the integral reparation approach is aiming at. For this reason, an expansion of the conception of reparation in cases of structural discrimination is required.

## Introducción: Sentencias n.º 3-19-JP/20 y Acumulados y n.º 202-19-JH/21

Para este trabajo se han seleccionado dos sentencias dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador —en ejercicio de su competencia de selección y revisión, previsto en el art. 436, num. 6, de la Constitución de la República—,<sup>1</sup> en las cuales se resuelven casos de mujeres, entendiéndose que pertenecen a un grupo históricamente excluido y oprimido, es decir, que contra ellas existe una discriminación estructural.<sup>2</sup>

La primera de ellas es la sentencia n.º 3-19-JP/20 (en adelante, “caso 1”), en la que se acumularon dieciocho sentencias de acciones de protección, presentadas en el período 2017-2018 y resueltas por diferentes judicaturas a nivel nacional, cuyas accionantes fueron mujeres urbanas vinculadas al servicio público por medio de contratos de servicios ocasionales, nombramientos provisionales o nombramientos de libre remoción —esto es, sin estabilidad laboral permanente— a las que se les vulneraron sus derechos por ser mujeres embarazadas y/o en período de lactancia.<sup>3</sup>

Bajo este escenario, la Corte analizó varios derechos generales de toda mujer y aquellos específicos que se articulan en el ejercicio del trabajo,<sup>4</sup> para establecer el alcance de los derechos de las mujeres trabajadoras embarazadas y en período de lactancia. Así, la sentencia desarrolla el contenido de los siguientes derechos: a la salud sexual y reproductiva; a la intimidad y no injerencia arbitraria de los empleadores en su salud sexual y reproductiva; al trabajo sin discriminación —incluida la prohibición de desvinculación o tratos diferenciados por causa de embarazo, licencia de

maternidad o estar en período de lactancia—; a la protección especial que garantice la igualdad en el acceso al empleo y su permanencia; a la lactancia materna en condiciones dignas en los espacios de trabajo; y al cuidado.

Para este último derecho, la Corte dejó sentado que el rol de cuidado ha sido históricamente feminizado, lo que acentúa una situación de desigualdad que, al coincidir con otro tipo de desventajas —de clase social, edad, etnia, condición migratoria, entre otras—, hace necesaria una mirada interseccional. En este marco, partiendo del reconocimiento constitucional del derecho al cuidado, se establecieron sus elementos, titularidad, sujeto obligado y obligaciones generales y específicas que se derivan de él, relacionadas con los períodos de embarazo, parto y puerperio, y lactancia: la notificación al empleador del embarazo, el ambiente laboral, los lactarios, los centros de cuidado diario y las guarderías.<sup>5</sup>

Partiendo de lo anterior, la sentencia estableció un régimen especial de protección para las mujeres servidoras públicas, durante el período de embarazo, el permiso de maternidad y el período de lactancia, según sea su modalidad de vinculación un contrato de servicios ocasionales, nombramiento provisional o nombramiento de libre remoción. Además, como garantía del acceso a la justicia, aclaró y ratificó que la vía adecuada para tutela judicial efectiva es la acción de protección, sin perjuicio de que se puedan utilizar otras vías administrativas o jurisdiccionales ordinarias.<sup>6</sup>

Frente a este escenario fáctico, en el que la Corte identifica que existen *patrones*<sup>7</sup> que reproducen la desigualdad y discriminación en contra de las mujeres trabajadoras en el sector público,

1 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

2 Corte IDH, “Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 398.

3 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, *Caso n.º 3-19-JP/20 y Acumulados*, 5 de agosto de 2020.

4 *Ibid.*, párr. 54.

5 *Ibid.*, párrs. 55-167.

6 *Ibid.*, párrs. 168-207.

7 *Ibid.*, párr. 201.

se dictaron varias medidas de reparación. Para este trabajo, nos centraremos en las medidas de no repetición.

La Corte dispuso a varias entidades públicas que se implementara como política pública un plan integral de formación en derechos humanos con enfoque de género y en el derecho al cuidado compartido, dirigido a las unidades de talento humano, jurídicas y directivas de las instituciones públicas. Asimismo, resolvió que el Consejo de la Judicatura organizara capacitaciones sobre la tutela efectiva de mujeres embarazadas y en período de lactancia. Dispuso también que la referida política pública debía utilizar el sistema de indicadores como “mecanismo que ha demostrado ser efectivo para apreciar el cumplimiento de derechos a través de políticas públicas y abordar problemas estructurales que derivan en violaciones individuales y colectivas de derechos”.<sup>8</sup>

Esta sentencia mereció un voto salvado de la jueza Carmen Corral y del juez Enrique Herrería, quienes, en lo principal, discreparon sobre la concesión de un régimen de protección especial para las mujeres servidoras públicas vinculadas con nombramientos de libre remoción o en aquellos casos en que se verifica el cometimiento de una infracción administrativa, lo que en ambos casos justificaba la desvinculación y, por tanto, establecía causas que “no devienen en discriminatorias”.<sup>9</sup> Por otro lado, consideraron que es una obligación de la servidora pública notificar sobre el estado de embarazo a su empleador, sin que se pueda alegar violación al derecho a la intimidad, por lo que, señalaron, sería arbitrario conceder compensaciones económicas en aquellos casos en que el empleador no está enterado sobre el estado de embarazo de la servidora pública. Señalaron también que en la justicia ordinaria existe un mecanismo adecuado de tutela para atender los derechos de las mujeres embarazadas —la acción por despido ineficaz—, de modo que se estaría desnaturalizando a la acción de protección.

Finalmente, en relación a las medidas de reparación, consideraron errado que se creara una compensación económica para el derecho de cuidado, pues señalaron que aquello excede las competencias de la Corte. Por otra parte, indicaron

que constituye una equivocación “preguntar” a las mujeres accionantes sobre cómo se sentirían reparadas, porque desnaturaliza la figura de la reparación integral, dado que “la misma no depende ni debe corresponderse con la apreciación subjetiva de la mujer que goza de una protección especial [...], sino que responde a hechos objetivos y probados sobre el daño causado”.<sup>10</sup>

La segunda sentencia seleccionada es la n.º 202-19-JH/21 (en adelante, “caso 2”).<sup>11</sup> La accionante en esta causa es una mujer rural, con discapacidad, analfabeta, cabeza de familia, madre de tres hijas y dos hijos, víctima de violencia intrafamiliar por su anterior pareja, y en situación de pobreza. Por intervención del departamento de Consejería Estudiantil del colegio en donde estudiaba una de sus hijas, fueron activados una jueza de Familia, Niñez y Adolescencia del cantón Azogues, así como el equipo técnico de dicha unidad judicial, la Junta Cantonal de Protección de Derechos y la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN). Estas autoridades realizaron un allanamiento para cumplir con una medida de “acogimiento institucional”, pues consideraban que las hijas e hijos de la accionante estaban en riesgo por supuesta violencia ejercida por ella y, en general, por negligencia en el cuidado de la apariencia y el aseo personal de las niñas y niños.

Ante esta situación, la accionante presentó una acción de hábeas corpus, con el objeto de lograr la liberación de sus hijas e hijos, que, en su criterio, habían sido separados de ella sin justificación y se encontraban privados de su libertad en una casa de acogida. Tanto en primera como en segunda instancia, la acción constitucional fue negada, por considerarse que los niños no estaban privados de la libertad de manera ilegal, arbitraria o ilegítima, sino que existía una orden de medidas de protección. Al momento en que la Corte resolvió el caso, las hijas e hijos de la accionante habían sido reinsertados a su familia y entregados a su madre.

En este caso, al igual que en el anterior, la sentencia inició su análisis planteando el contexto de la situación de pobreza en Ecuador y la exclusión social que deriva de ella, tomando como referencia estadísticas oficiales.<sup>12</sup>

8 Ibid., párrs. 223.

9 Ecuador Corte Constitucional, “Voto salvado: Jueces constitucionales Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet”, Caso n.º 3-19-JP/20 y Acumulados, 5 de agosto de 2020, párr. 14.

10 Ibid., párr. 23.

11 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, Caso n.º 202-19-JH/21, 24 de febrero de 2021.

12 Ibid., párrs. 10-1.

Además de analizar la procedencia de la acción de hábeas corpus y el interés superior de niñas y niños, la Corte examinó en un acápite aparte la prohibición de discriminación y la desigualdad estructural. Identificó entonces que la familia de la accionante “se encuentra en una situación de posibles discriminaciones asociadas a factores estructurales y a cuestiones como la condición de niñez, mujer, discapacidad y situación de pobreza, que podrían agravar las vulnerabilidades de cada uno de los miembros de la familia y acumularse entre sí”,<sup>13</sup> y que, en definitiva, se ubicaba en “una situación de desventaja con relación a mujeres que no están en situación de pobreza”.<sup>14</sup> Asimismo, visibilizó las consecuencias de dicha desigualdad al señalar que “estar en situación de pobreza provoca mayor exposición a la violencia de género y las ubica en una situación de mayor vulnerabilidad”.<sup>15</sup> Luego, analizó la discriminación por condición económica y la denominada “aporofobia” para finalmente concluir que la accionante “está en una situación de vulnerabilidad por su condición de ser persona viviendo en extrema pobreza”, en la que ha evidenciado la presencia de “múltiples discriminaciones”.<sup>16</sup>

Ahora bien, la Corte dispuso que, como medida de rehabilitación, el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) incluyera a la accionante y a su familia en programas o beneficios “tales como el bono de desarrollo humano u otros programas disponibles para atender su situación de pobreza”.<sup>17</sup> También ordenó a la Defensoría del Pueblo que, en coordinación con el Sistema Descentralizado de Protección de la Niñez y Adolescencia, realizara las gestiones necesarias para que la accionante “pueda ser incluida en programas de alfabetización, vivienda, bono de desarrollo humano y más programas disponibles para personas en situación de vulnerabilidad por circunstancias de extrema pobreza”.<sup>18</sup>

En cuanto a las medidas de no repetición, la Corte dispuso al Consejo Nacional para la Igualdad Generacional, en coordinación con el MIES, elaborar un protocolo para garantizar y supervisar la seguridad e integridad de niñas, niños y adoles-

centes en las casas de acogida. También estableció que el Ministerio de Gobierno, junto con la Fiscalía General del Estado y el Consejo de la Judicatura, elaborara un protocolo que regule el procedimiento para los allanamientos que realiza la DINAPEN cuando ejecuta medidas de protección.

En esta sentencia, el juez Enrique Herrería emitió un voto concurrente, específicamente en lo que se refiere al análisis que realiza el voto de mayoría sobre la figura del allanamiento y su potencialidad de vulnerar el derecho a la libertad. Por su parte, el juez Hernán Salgado emitió un voto salvado, también respecto al análisis de la figura del allanamiento y a la aplicabilidad de la garantía de habeas corpus para atender estos casos.

## La discriminación estructural

Sobre la discriminación estructural, María Sofía Sagüés ha señalado que “la existencia de grupos de personas sistemáticamente excluidos y discriminados es una realidad que apremia a los ordenamientos jurídicos y exige respuestas por parte de los Estados y los sistemas supranacionales de protección de derechos humanos”, lo que requiere “reformular y redimensionar las herramientas tradicionales en tutela de derechos”.<sup>19</sup>

Roberto Saba, por su parte, plantea que la tutela del derecho a la igualdad como no discriminación requiere superar la visión tradicional individualista en que la categoría de análisis para identificarla se limita a la presencia de alguna de las categorías sospechosas. Esta visión, afirma, se encuentra descontextualizada de la realidad social de cada individuo por su pertenencia a ciertos grupos históricamente discriminados.<sup>20</sup>

En cambio, Saba propone incorporar, a manera de complemento de la visión tradicional, una visión estructural de la igualdad, a la que denomina “igualdad como no sometimiento”. Para ello, modifica lo que entendemos como “categorías sospechosas”, para que se refieran a condiciones asociadas con la caracterización de un grupo sis-

13 *Ibid.*, párr. 170.

14 *Ibid.*, párr. 172.

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*, párr. 175.

17 *Ibid.*, párr. 188.

18 *Ibid.*, párr. 187.

19 María Sofía Sagüés, “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en *Inclusión, Jus Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, coord. Eduardo Ferrer, Mariela Antoniazzi y Rogelio Flores (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 129-30.

20 Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2016), 18-20.

temáticamente excluido por otro, dentro de una estructura social. Bajo esta propuesta, las categorías sospechosas que conocemos siguen siendo tales, pero por razones diferentes. Por ejemplo, en el caso de una mujer, la categoría sospechosa de discriminación según la visión individualista sería el sexo o el género, mientras que para la visión estructural sería el *ser mujer*.

Saba sostiene que una lectura estructural de la igualdad tiene por objetivo “evitar la constitución y establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos”. Es decir, esta forma alternativa de mirar la igualdad busca “hacerse cargo de las desventajas históricas de ciertos grupos sociales y las relaciones de opresión que condicionan una menor aptitud para el goce y ejercicio de los derechos”, y permite “reconocer la denegación sistémica de poder, de recursos, que oprime a ciertos grupos”.<sup>21</sup>

Este nuevo paradigma de analizar la igualdad, a decir de Abramovich, constituye un avance “desde una idea de igualdad como no discriminación a una idea de igualdad como protección de grupos subordinados”. Esto impone a los Estados “un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación”, lo que “presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinadas medidas urgentes y especiales de protección”.<sup>22</sup>

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ha identificado en su jurisprudencia al menos cuatro grupos que sufren discriminación estructural: las mujeres; las personas indígenas; las personas pertenecientes a minorías sexuales, migrantes y afrodescendientes; y, recientemente, las personas en situación de pobreza.<sup>23</sup>

En la sentencia del caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte IDH estableció la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas positivas determinables, que

atiendan las necesidades específicas de protección, para revertir o cambiar las situaciones de discriminación que sufre un grupo determinado de personas frente a las que el Estado tiene un deber especial de protección. En esta sentencia, es destacable el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien propone un modelo de análisis para determinar si, “derivado del contexto o patrones colectivos o masivos[,] estamos frente a una discriminación estructural” por tratarse de

1. un grupo o grupos de personas que tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona o bien que están relacionadas a factores históricos de prácticas discriminatorias, pudiendo ser este grupo de personas minoría o mayoría;
2. que estos grupos se han encontrado en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación que les impide acceder a condiciones básicas de desarrollo humano;
3. que la situación de exclusión, marginación o subordinación se centra en una zona geográfica determinada o bien puede ser generalizada en todo el territorio de un Estado y que en algunos casos puede ser intergeneracional; y
4. que las personas pertenecientes a estos grupos, sin importar la intención de la norma, la neutralidad o la mención expresa de alguna distinción o restricción explícita basada en las enunciaciones e interpretaciones del artículo 1.1 de la Convención Americana, son víctimas de discriminación indirecta o bien de discriminación de facto, por las actuaciones o aplicación de medidas o acciones implementadas por el Estado.<sup>24</sup>

Años después, el juez Ferrer amplió este criterio en su voto razonado de la sentencia del caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil*, en el cual incorporó el concepto “discriminación estructural interseccional” para aquellos casos en que “coexisten [...] otras formas de discriminación que también están asociadas a factores estructurales —como lo son el género o la raza—”.<sup>25</sup>

En definitiva, analizar la tutela del derecho a la igualdad bajo una visión estructural implica otorgar un valor jurídico al contexto, de manera que, en primer lugar, se identifique si la persona

21 México Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación* (Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011), 19-20.

22 Víctor Abramovich, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, n.º 11 (2009): 18, <http://cuts2.com/oalAi>.

23 Corte IDH, “Sentencia de 16 de noviembre de 2009”.

24 Corte IDH, “Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poissot”, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 20 de octubre de 2016, párr. 80.

25 Corte IDH, “Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poissot”, *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil*, 15 de julio de 2020, párr. 68.

accionante pertenece a un grupo históricamente excluido, para luego visibilizar las consecuencias de esas desventajas en el ejercicio de sus derechos y, finalmente, visibilizar las causas subyacentes de dicha subordinación o discriminación con el objeto de revertirlas o modificarlas.

### La reparación transformadora

La Corte Constitucional del Ecuador ha indicado que la reparación integral constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos.<sup>26</sup> “El derecho a la reparación integral [*restitutio in integrum*] busca el resarcimiento de los daños causados en un sentido amplio, así como garantizar una protección más efectiva de los derechos constitucionales”;<sup>27</sup> esta es la aproximación clásica.

La reparación integral tiene dos objetivos: el primero es ayudar a las víctimas a mejorar su situación tras la violencia vivida y la vulneración a sus derechos; la segunda es restablecer la confianza de las víctimas en la sociedad y las instituciones.<sup>28</sup> Es importante indicar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al centrarse en las posiciones clásicas de la reparación, manifiesta que “procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación”.<sup>29</sup> Esta lógica de las reparaciones refleja la teoría del *restitutio in integrum*: el restablecimiento de la situación anterior, cuando sea posible, o bien resarcir el daño causado por las infracciones cometidas. En esencia, la reparación pretende ayudar a enfrentar las consecuencias de las violaciones, y promover la reintegración social. Para las víctimas, debería ser la manifestación más tangible de los esfuerzos del Estado por remediar el daño que han sufrido; para el Estado, es una oportunidad de integrar a las víctimas en la sociedad, pero también de prevenir nuevas violaciones en el futuro.

El problema de esta aproximación a las reparaciones es que no considera que, en casos de

discriminación estructural, reparar para volver al estado anterior a la vulneración significa ignorar condiciones socioeconómicas y culturales que propician situaciones que condicionan o facilitan las vulneraciones de derechos experimentadas. La aproximación clásica a la reparación no es suficiente para casos en que los derechos de las víctimas se recrudescen por discriminaciones estructurales que cruzan sus existencias y condicionan el ejercicio de sus derechos; por ejemplo, los casos de las mujeres víctimas de violencia basada en género.

La Constitución de la República del Ecuador determina en su art. 35 que las mujeres víctimas de violencia son parte de los grupos de atención prioritaria, motivo por el cual en su art. 66, num. 3, lit. b, se compromete a garantizarles una vida libre de violencia. Esta caracterización responde a que la condición de ser mujer y tener una *performance* de género femenino, en el contexto de un sistema patriarcal heterocisnormado, provoca la naturalización de una estructura de discriminación y violencia contra las mujeres y los cuerpos feminizados. En este sentido, la reparación hacia las mujeres víctimas de violencia basada en género no se puede situar en las teorías clásicas de la reparación.

Frente a esta situación, ampliar la perspectiva de la reparación de derechos debe considerar el “control de convencionalidad”,<sup>30</sup> a partir de la aplicación de los arts. 11 (num. 3 y 7), 417, 424 y 426 de la Constitución: se debe aplicar la norma y la interpretación más favorable a la dignidad humana, tomando en cuenta que los estándares de la Corte IDH son de aplicabilidad directa en el sistema jurídico ecuatoriano. Es así que, a partir de este diálogo entre la jurisdicción nacional y la interamericana, los estándares de la Corte IDH traen consigo mecanismos para la protección adecuada de los derechos, especialmente de los grupos víctimas de discriminación estructural.

En el caso de la violencia basada en género que viven las mujeres, la Corte IDH desarrolló una de las sentencias paradigmáticas, que evidencia la estructura patriarcal como condicionante de la violencia. En el caso González y Otras (“Campo

26 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, Caso n.º 15-10-AN, 13 de junio de 2013.

27 Ecuador Corte Constitucional, *Reparación integral: Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2018), 70.

28 Carlos Beristain, *Diálogos sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009).

29 Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 18.

30 Corte IDH, “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

Algodonero”) vs. México, realizó una distinción entre los conceptos de reparación integral y reparación transformadora, de la siguiente manera:

El concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.<sup>31</sup>

De lo expuesto, se desprende que se reconocen otras formas de reparar las consecuencias de las violaciones de derechos humanos, en superación de la teoría clásica de la reparación integral. Optar por la reparación transformadora responderá a la naturaleza de las circunstancias en que se producen las violaciones de derechos, a la estructura de discriminación que vive la víctima. Por esta razón se considera que las medidas a adoptar en casos en que la discriminación estructural esté presente deben tener una vocación transformadora, que implica lo siguiente:

Va más allá de la reparación integral, toda vez que esta no se centra exclusivamente en el resarcimiento del daño generado por el actor o tercero, interviniente en el conflicto, sino que se ocupa de que el Estado o tercero, con la entrega efectiva de recursos, realice acciones que permitan generar capacidades a las víctimas, creen condiciones de acceso a la educación, a la salud, a mejores condiciones de vida, las cuales les darán libertad y garantía para reclamar el respeto de sus derechos.<sup>32</sup>

El modelo de la reparación integral “se ajusta perfectamente a sociedades más ordenadas con capacidad institucional para remediar la pobreza y desigualdad. Mientras que los Estados económica e institucionalmente limitados deben contar con medidas más exhaustivas como las que ofrece el modelo de reparación transformadora”.<sup>33</sup> En

función de lo dicho, la doctrina ha sugerido los siguientes elementos para el diseño de la reparación transformadora:

**Tabla 1**  
*Elementos de la reparación transformadora*

| Elemento                  | Contenido  |
|---------------------------|--|
| Construcción              | Diseño de los proyectos de vida de las víctimas y sus comunidades, mediante la devolución y/o construcción de bienes patrimoniales. Esto implica también la creación de caminos, acueductos, colegios, vivienda y otros bienes y servicios proporcionados por el Estado, instituciones y terceros. |
| Justicia social           | Dotación de bienes sociales primarios (salud, educación e ingresos mínimos de subsistencia), primordiales para enrumbar los proyectos de vida. Además, implica el acceso en igualdad de oportunidades a los bienes primarios, la riqueza y posiciones de poder en la sociedad.                     |
| Rehabilitación            | Restablecimiento de las condiciones físicas y psicosociales, que incluye atención médica y psicológica, y acceso a servicios jurídicos y sociales.   |
| Retorno o reubicación     | Sobre la decisión de las víctimas respecto al regreso o no a su territorio de domicilio.   |
| Generación de capacidades | Trabajo sobre la autoestima, la autonomía, la salud mental y emocional y demás condiciones psicosociales que faciliten a las víctimas contar con capacidades para impulsar sus proyectos de vida.  |

Elaboración propia a partir de Carlos Gutiérrez, “Reparación transformadora”, 27-8.

En los casos de violencia de género contra las mujeres, las medidas de reparación deben realizarse mediante los cinco elementos de la reparación transformadora. Adicionalmente, el enfoque de género es vital para que la reparación supere la estructura del sistema patriarcal heterocisnormado. Por ello, la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres determina

31 Corte IDH, “Sentencia de 16 de noviembre de 2009”, párr. 450.

32 Carlos Gutiérrez, *Reparación transformadora y enfoque transformador para la protección de los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2020).

33 Betsy Rondón y Carlos Carillo, “Evolución de la reparación transformadora en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su aplicabilidad en Colombia” (artículo científico, Diplomado Internacional “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, 2017), 13, <http://cuts2.com/PkTay>.

los estándares que deben seguir jueces y juezas para otorgar medidas de reparación:

1. Conocer las expectativas de las mujeres víctimas de violencia, sin atribuirles la carga de la identificación y prueba.
2. Informar a las mujeres víctimas de violencia sobre el alcance de las medidas de reparación y los medios de ejecución.
3. Las medidas de reparación se basarán en el principio de proporcionalidad e integralidad.
4. Contener detalle de las instituciones que ejecutan la medida de reparación, el tiempo en el que se debe ejecutar la medida de reparación y la periodicidad del cumplimiento de dichas medidas.<sup>34</sup>

Frente a la discriminación estructural, las reparaciones transformadoras a las mujeres víctimas deberán realizarse con enfoque de género, y se analizarán los precedentes objeto del presente análisis.

En el caso 1, la sentencia inicia planteando un análisis del contexto de la situación laboral de las mujeres en Ecuador, remitiéndose a cifras estadísticas oficiales que llevan a la Corte a reconocer que sufren marcadas desventajas frente a los hombres en el acceso y ejercicio del derecho al trabajo. Esto da cuenta de “una profunda y estructural sociedad patriarcal y de la discriminación sexual imperante”.<sup>35</sup>

Por su parte, en el caso 2, la Corte realiza también el análisis de contexto. En ese sentido, reconoce: 1. que la exclusión social “afecta con particular intensidad a las mujeres, quienes, dentro de un régimen patriarcal, son marginadas, discriminadas y asumen desproporcionadamente el rol de cuidado”;<sup>36</sup> 2. que “los hogares con jefatura femenina son más pobres en el sector rural”; 3. que “las jefas de hogar pueden tener una historia de maternidad precoz e inestabilidad familiar que tiende a perpetuar la pobreza de una generación a otra”; y 4. que sus hijas e hijos suelen ser víctimas de violencia intrafamiliar “como destinatarios directos o secundarios a la violencia contra sus madres”, a lo cual se “suman los estereotipos de género”.<sup>37</sup>

En virtud de lo expuesto, se colige que la Corte Constitucional pudo evidenciar en ambos casos patrones de la discriminación estructural en contra de las mujeres madres, embarazadas y en período de lactancia dentro del sector público, y en contra de las mujeres en situación de pobreza.

Ahora corresponde analizar cuáles fueron las medidas de reparación dispuestas para responder a estos patrones estructurales de discriminación:

**Tabla 2**

*Comparación de elementos de la reparación transformadora*

| Elementos de reparación transformadora | Sentencia del caso n.º 3-19-JP/20 y Acumulados (caso 1)   | Sentencia del caso n.º 202-19-JH/21 (caso 2)   |
|--|---|--|
| Discriminación estructural             | Se identifica un patrón de seis elementos que enmarca la estructura discriminatoria y que sirve de referencia para la reparación (párr. 211).   | Se evidencia la discriminación estructural interseccional entre género y condición socioeconómica en el análisis de los derechos (párrs. 169-75). Sin embargo, no se profundiza en la sección de reparación. |
| Construcción                           | Se estipulan reformas de reglamentos que incluyan sanciones disciplinarias a quienes discriminen a mujeres embarazadas o en período de lactancia (párr. 217); la creación de un plan de prevención y erradicación de la violencia contra mujeres y niñas, dirigido a las unidades de Talento Humano y directivas del todo el sector público, incluidos los GAD (párr. 218); la determinación de políticas | Se estipula la elaboración de protocolos para casas de acogida, Fiscalía y Consejo de la Judicatura (párrs. 191-2).  |

34 Ecuador, *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*, Registro Oficial 175, Suplemento, 5 de febrero de 2018, art. 63.

35 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, *Caso n.º 3-19-JP/20*, párrs. 46-53.

36 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, *Caso n.º 202-19-JH/21*, párr. 12.

37 *Ibid.*, párr. 13.

|                           |   |  |
|---------------------------|---|--|
|                           | públicas e indicadores para garantizar el derecho al cuidado (párrs. 220-47); una matriz de análisis de capacidades institucionales (párr. 242); una matriz de análisis de acceso a la justicia (párr. 244); lineamientos para acceso a la información (párr. 247); disponer a la Defensoría del Pueblo la presentación de una propuesta de ley sobre el derecho a los cuidados en el espacio laboral (párr. 248.1); y disponer a las instituciones públicas la construcción de lactarios y guarderías (párr. 248.5). |  |
| Justicia social           | Se establece un criterio de indemnización para las madres despedidas por motivo de su embarazo (párrs. 194, 213 y 214).   | Se dispone la inclusión en el bono de desarrollo humano y en un programa de vivienda (párr. 187).                          |
| Rehabilitación            | Se dispone generar ambientes laborales propicios para mujeres embarazadas, en maternidad o en período de lactancia, mediante tratamientos médicos y acompañamiento psicosocial, de acuerdo con la necesidad y el requerimiento de las madres (párr. 215).   | Se dispone al MIES que incluya a la familia en sus programas (párr. 188).  |
| Retorno o reubicación     | Se ordena el reintegro salvo en los casos de madres que estuvieran en cargos de libre remoción (párr. 212).   | Los hijos e hijas de la accionante volvieron con ella (párr. 186).   |
| Generación de capacidades | Se ordena a las instituciones públicas de salud, inclusión e igualdad implementar de manera participativa, a partir de la guía de organizaciones de mujeres, sindicatos, académicos y personas expertas, la construcción del Modelo de Ambientes Laborales para el Cuidado (párr. 248.7). Se disponen políticas para la promoción, sensibilización, protección y promoción de la lactancia en los espacios públicos (párr. 248.8).  | Se incluye a la accionante en programas de alfabetización (párr. 187).   |
| Enfoque de género         | No se toman en cuenta las voces de las víctimas para la reparación, aunque sí están presentes en el análisis de los derechos.   | Se aplica escuchando a la accionante, para que a partir de su testimonio se generen las medidas de reparación (párr. 185). |
|                           | Sí se detallan las instituciones encargadas de las medidas de reparación y los tiempos en los cuales deben ejecutarse.  |  |

Elaboración propia a partir de las sentencias de los casos n.º 3-19-JP/20 y Acumulados y n.º 202-19-JH/21.

Como se observa, en el caso 1, la Corte Constitucional tomó recaudos detallados para eliminar las condiciones estructurales que violentan y discriminan a las mujeres madres, embarazadas y en período de lactancia. Las medidas incorporadas son garantías de política pública y la generación de indicadores de evaluación de la garantía del derecho a los cuidados. Sin embargo, a pesar de estas extensas directrices para la política pública, la Corte omite en determinar medidas que gene-

ren capacidades en las víctimas directas de los casos y en el resto de las mujeres que trabajan en el sector público.

En contraposición, en el caso 2, la Corte se centra en la generación de capacidades y en la justicia social de la víctima del caso, observada de manera individual, pero se olvida del resto de mujeres que viven la misma realidad que la accionante. Esto se evidencia porque no se generan lineamientos de política pública ni reformas legislativas para que

las mujeres de escasos recursos no sean estigmatizadas como “malas madres” y bajo este prejuicio les retiren la tenencia de sus hijos e hijas.

Así las cosas, parecería que el número de casos acumulados al caso 1 (dieciocho sentencias de acciones de protección) fue un factor que influyó no solo para que la Corte lo seleccionara, sino también para que considerara necesario dictar medidas de reparación profundas, orientadas a que no se repitan los hechos evidenciados en las causas. Sin embargo, si bien el caso 2 evidencia una situación de discriminación estructural, la Corte omite advertir que las mujeres empobrecidas tienen mayores dificultades en el acceso a la justicia, por lo que probablemente no existirán innumerables sentencias que ameriten una acumulación de casos y, en tal virtud, se dispongan medidas de reparación transformadoras similares a las dictadas en el caso 1.

De ahí que, al confrontar los casos seleccionados, se evidencia que las mujeres que tienen mejores condiciones socioeconómicas (mujeres urbanas servidoras públicas) logran acceder a la justicia, visibilizar sus necesidades específicas y obtener de los órganos correspondientes medidas de reparación que reviertan las discriminaciones que las afectan. En cambio, las necesidades de quienes no cuentan con estos privilegios (mujeres rurales empobrecidas) permanecen invisibles para las autoridades, y no se llegan a dictar reparaciones que transformen su situación de discriminación estructural interseccional.

Frente a esta situación, la reparación transformadora del caso 2 debió ser igual o tan desarrollada como la del caso 1, ya que la víctima del caso 2 representa a miles de mujeres en Ecuador que no logran acceder a la justicia. Su caso podría haber generado mayores líneas de transformación.

La Corte Constitucional realizó un importante trabajo de reparación transformadora en el caso 1, en virtud de la cantidad de casos que analizaba. En contraste, en el caso 2 mantuvo el modelo clásico de la reparación integral, pese a que, como se ha señalado, este último requería mayores aportes por parte de la Corte para transformar las condiciones estructurales de la accionante y de las mujeres que viven situaciones similares.

Esta comparación permite identificar que el número de casos que llegan a la justicia no necesariamente representa un patrón estructural de violencia, ya que si la Corte hubiese realizado un análisis apropiado de la discriminación estructural en el caso 2 (desde un abordaje interseccional),

las medidas de reparación transformadora habrían atacado de manera profunda la discriminación y violencia múltiple basada en género y condición socioeconómica que viven las madres de escasos recursos en Ecuador.

## Conclusiones

En las sentencias de selección, la Corte Constitucional debería darse la oportunidad de identificar a profundidad las diversas formas de discriminación estructural que existen en la sociedad ecuatoriana y que perpetúan las vulneraciones de derechos en determinados seres humanos y de la naturaleza. Evidenciar estas estructuras de opresión permite visibilizar patrones socioculturales que normalizan la violencia en perjuicio de grupos históricamente discriminados; en este tipo de sentencias, las medidas de reparación permitirán construir líneas para modificar dichos patrones.

En un país como Ecuador, donde las diferencias son tan palpables y han generado estructuras normalizadoras de segregación a grupos de personas particulares, la justicia constitucional debería tener una función redistributiva. En este marco aparecen las medidas de reparación transformadora, que logran poner en tensión a las estructuras socioculturales de poder, para superarlas y no mantenerlas.

El modelo clásico de la reparación integral, por su parte, ignora las estructuras sociales que propician, normalizan o fomentan la exclusión, lo cual se advierte, por ejemplo, en el voto salvado del caso 1: de ahí que se considera suficiente la restitución, es decir, volver las cosas al momento anterior a la vulneración. Sin embargo, la reparación transformadora permite identificar que el momento anterior a la vulneración del derecho está construido desde las mismas condiciones que causaron la vulnerabilidad, por lo que una verdadera reparación debe procurar modificar esos patrones.

En este sentido, las medidas de reparación transformadora utilizadas especialmente en las sentencias de selección tienen el potencial de movilizar todas las garantías constitucionales y la institucionalidad estatal para transformar el sustento de la violencia y discriminación estructural en Ecuador. Esta forma de reparación exige una mayor sensibilidad humana y social, para utilizar los enfoques de derechos humanos y observar los casos de grupos históricamente discriminados como reflejos de patrones estructurales.

Si la Corte mantiene la idea de identificar patrones a partir del número de casos con identidad fáctica y de pretensión, estará limitando su análisis a las víctimas que tengan la posibilidad de acceder a la justicia, lo que acentuará la indiferencia con la realidad de los grupos históricamente discriminados.

## Referencias

- Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, n.º 11 (2009): 7-39. <http://cuts2.com/oalAi>.
- Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Corte IDH. “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. 26 de septiembre de 2006. <http://cuts2.com/dMvKk>.
- . “Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. 16 de noviembre de 2009. <http://cuts2.com/pLYSO>.
- . “Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poissot”. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. 20 de octubre de 2016. <http://cuts2.com/RJKHh>.
- . “Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poissot”. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil*. 15 de julio de 2020. <http://cuts2.com/VVkvV>.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009. <http://cuts2.com/rHkIlg>.
- . *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*. Registro Oficial 175, Suplemento, 5 de febrero de 2018. <http://cuts2.com/YDhub>.
- Ecuador Corte Constitucional. *Reparación integral: Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2018.
- . “Sentencia”. *Caso n.º 15-10-AN*. 13 de junio de 2013. <http://cuts2.com/vtDwX>.
- . “Sentencia”. *Caso n.º 3-19-JP/20 y Acumulados*. 5 de agosto de 2020. <http://cuts2.com/ppvSz>.
- . “Sentencia”. *Caso n.º 202-19-JH/21*. 24 de febrero de 2021. <http://cuts2.com/nXjeU>.
- . “Voto salvado: Jueces constitucionales Carmen Corral Ponce y Enrique Herrera Bonnet”. *Caso n.º 3-19-JP/20 y Acumulados*. 5 de agosto de 2020. <http://cuts2.com/ppvSz>.
- Gutiérrez, Carlos. *Reparación transformadora y enfoque transformador para la protección de los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2020. [https://doi.org/10.48713/10336\\_21178](https://doi.org/10.48713/10336_21178).
- México Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011. <http://cuts2.com/pqUGA>.
- Rondón, Betsy, y Carillo, Carlos. “Evolución de la reparación transformadora en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su aplicabilidad en Colombia”. Artículo científico, Diplomado Internacional “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, 2017. <http://cuts2.com/PkTay>.
- Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- Sagüés, María Sofía. “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”. En *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, coordinado por Eduardo Ferrer, Mariela Antoniazzi y Rogelio Flores, 121-78. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.