



Departamento de Posgrados

**Tesis para la obtención del Título de
Especialista en Derecho Constitucional**

Generalidades de la Igualdad y su Desarrollo en el Ecuador

Autor: Pablo Andrés Cordero Vásquez

Director: Mst. Andrés Martínez Moscoso

Cuenca, Ecuador

2012

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Contenido	
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
INTRODUCCION	1
1. Generalidades	3
1.1. <i>Conquistas</i>	3
1.2. <i>Principios</i>	9
1.3. <i>Evolución institucional</i>	14
1.4. <i>La Discriminación</i>	19
2. La igualdad en las constituciones ecuatorianas	23
2.1. <i>Enfoque en las distintas constituciones</i>	24
3. Regulación de la Igualdad en la Constitución 2008	43
3.1. <i>Modelo de Estado</i>	43
3.2. <i>La igualdad en la Constitución vigente</i>	44
3.3. <i>Relación a las medidas de acción afirmativa</i>	52
3.4. <i>Razonamiento final</i>	54
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFIA	59

RESUMEN

Los hombres están dotados de características comunes y distintas, razón por la que no es posible dar a todas las personas el mismo trato, porque ello daría lugar a la lesión del derecho a ejercer la diferencia, derivado de la voluntad y la dignidad de cada ser humano; hoy el ordenamiento jurídico regula y acepta, como no puede ser de otra forma, el reconocimiento de la igualdad formal y material, al considerarse la diversidad humana, como factor de trascendencia, respecto a la igualdad. Sin embargo, el reconocimiento de las diferencias no siempre estuvo regulado, su existencia se debe a factores históricos, debiendo recalcar que primero surge el principio de igualdad formal, que desconoce el régimen de privilegios imperante en la sociedad europea del siglo XVIII; y después se implementa el principio de igualdad real o material, ante la insuficiencia del primero. El constitucionalismo ecuatoriano ha alcanzado este reconocimiento en el año 1998, pues desde los inicios de la República, hasta entonces, se establecía que la igualdad era sólo formal, y de forma imperfecta, porque contemplaba un régimen de discriminación, respecto del derecho a elegir y ser elegido, además de haber desconocido la calidad de ciudadana a la mujer.

ABSTRACT

All human being it's gifted of common and different characteristics, reason that it isn't possible to give each one the same treatment, because it will cause aggression to the right of pursue the difference, derived from the will and dignity of every human being; today the legal order regulates and accepts the recognition of equality and material, to be considerate the human diversity, as factor of transcendence, respect of equality. However, the recognition of differences it's not always regulated, it's existence is due to historical factors, it must be emphasized that first comes the principle of formal equality, which ignores the regime of privileges prevailing in the XVIII century of European society; and then implements the principle of real or material equality, to the failure of the first one. Ecuadorian constitutionalism has achieved this recognition in 1998, through the beginning of the republic, until then, it established that equality was only formal, imperfectly, because it provides for a system of discrimination in respect of the right to elect and be elected, in addition to have unknown the quality of citizen of woman.

INTRODUCCION

El presente trabajo realiza un estudio de la igualdad, desde un enfoque histórico, analizando de manera sucinta las distintas luchas que le dieron origen a la igualdad formal, durante el siglo XVIII, dándose de este modo un avance significativo en relación a lo que venía sucediendo hasta antes de tal época. No obstante, se demuestra que la conquista alcanzada no es suficiente para la satisfacción de los derechos de las personas, volviéndose necesaria la evolución del principio, en virtud de que tratar a todos de igual manera, en circunstancias que ameritan un trato diferenciado, impedía el alcance de la igualdad sustancial, incorporándose así, medidas que admiten un trato diferente y una discriminación, no arbitraria, para equiparar las diferencias.

En lo posterior, de un modo general, se revisa la evolución institucional de la igualdad en el Ecuador republicano, en el cual no se podía hablar de igualdad absoluta de oportunidades, debido a las restricciones económicas y de género que impedían un verdadero ejercicio del derecho a la democracia (elegir y ser elegido), alcanzando a superarse estos absurdos en el período comprendido entre 1883 y la segunda mitad del siglo XX, cuando en 1967 se establecen expresamente un listado de categorías, bajo las cuales no se admite discriminación, y se alcanzan serios avances en cuanto a la igualdad entre hombres y mujeres; mientras que para 1998 se amplía el contexto de la no discriminación, al proclamarse el Ecuador como un Estado Social de Derecho, es decir, un Estado intervencionista, en tutela de los derechos de los ciudadanos.

Finalmente, en el 2008, se puede observar la existencia de una Constitución ecuatoriana, fundamentada en la línea del denominado “nuevo constitucionalismo”, al catalogarse al Estado, como “constitucional de derechos y justicia social”, interesado plenamente por la dimensión jurídica de la Ley Suprema, en cuanto al contenido de los derechos, así como de la legitimidad del régimen, debiendo destacarse que la igualdad tiene una doble connotación, como principio y como derecho, garantizándose ésta, en diversos pasajes de la Carta, en la que se establecen normas que dan igualdad específica, así como normas relativas a las medidas de

acción afirmativa, cuyo fin es la equiparación de determinados sujetos, bajo circunstancias específicas, que admiten categorías de discriminación, no arbitrarias.

Capítulo I

1. Generalidades

1.1. *Conquistas*

En el ámbito histórico de la sociedad humana, el proceso de tránsito de la igualdad no puede considerarse aislado, tras encontrarse inmersas en el mismo, trascendentes luchas sociales, que dieron origen al principio de igualdad, debiendo destacarse aquellas suscitadas, como respuesta a la forma de vida de los europeos, durante la Edad Moderna.

Pío Jaramillo Alvarado, al referirse al origen del constitucionalismo, manifiesta: “(...) La Constitución ya no es el pacto entre el príncipe y el pueblo, o entre organismos estamentales como en la Edad Media, sino una decisión política adoptada por la nación, una e indivisible, para fijar su propio destino. Toda Constitución presupone este destino.” (Barragán Romero, 2007); es decir, la Edad Moderna, representa, a través del constitucionalismo, el surgimiento de la igualdad para llegar a ser lo que hoy en día es, teniendo como fuente principal, la sociedad europea del siglo XVIII, de donde brotan las raíces del capitalismo (Martínez Estrada, 2010).

En palabras del tratadista Michel Rosenfeld (Carbonell, 2003, pág. 73), históricamente la lucha por la igualdad constitucional se da como rechazo a los privilegios de nacimiento y estatus característicos de las sociedades jerárquicas feudales, pues en el siglo XVIII los abusos de dicho régimen, imperante en Europa, colmaron el descontento de la población, lo que ocasionó dos procesos de fundamental trascendencia, para el surgimiento de la igualdad, la Independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa.

En Inglaterra, las persecuciones religiosas dieron origen al éxodo de la población inglesa hacia las colonias que este país manejaba, en lo que hoy son los Estados Unidos de América, ya que ahí existía un principio de libertad religiosa, política y económica, pues cada colonia se gobernaba a través de Asambleas, cuyos representantes se elegían democráticamente, por votación popular; además de que en

cada colonia existía una gobernación, cuyo Gobernador en un principio fue nombrado por la corona inglesa, para en lo posterior, ser sólo designado por la Asamblea de las distintas colonias, sin intervención del Colonizador (Martínez Estrada, 2010, págs. 56-57).

El Reino Unido se encontraba atravesando una seria crisis económica, y para resolverla tomó abusivas medidas en las colonias, tales como la prohibición de utilizar un medio de transporte comercial, que no fuera embarcación inglesa, limitación en la compra de materia prima, designación de destinos comerciales y restricción de artículos de comercio, impuestos a las exportaciones e importaciones, e impuestos al papel sellado, que se lo utilizaba en todo tipo de actividad dentro de la colonia (Martínez Estrada, 2010, pág. 57).

Esta última medida colmó el límite de los habitantes de las colonias inglesas, hecho que generó el descontento de las mismas, que por medio de congresos, declararon principios de gobiernos democráticos, proclamando finalmente la independencia de los Estados Unidos y la declaración de la independencia, el 4 de julio de 1776, donde se estableció:

Sostenemos como verdades evidentes que todos los seres humanos nacen iguales, que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se cuentan el derecho a la Vida, a la Libertad y al alcance de la Felicidad; que para asegurar estos derechos, los seres humanos instituyen gobiernos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando una forma de gobierno llega a ser destructora de estos fines, es un derecho del pueblo cambiarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno, basado en esos principios y organizando su autoridad en la forma que el pueblo estime como la más conveniente para obtener su seguridad y felicidad (Martínez Estrada, 2010, pág. 60).

La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos toma a la igualdad como uno de los pilares de la humanidad, innato a los seres humanos, y este hecho fue el motor para el inicio de la Revolución Francesa, que arrancó en julio de 1789e

instauró principios que en lo posterior se propagaron por toda Europa y el mundo en general.

Al respecto, Francia durante la época del absolutismo, que se fundaba en el hecho de que el Rey no le debía rendir cuentas a nadie más que a Dios, vivía una política de despilfarro y guerras, arrastrada desde Luis XIV, quien fue sucedido por Luis XV, que continuó con el régimen político de su antecesor, entregando a Luis XVI, un Estado en decadencia para 1774, época en la cual despertó en el pueblo, el interés por la educación, las artes liberales, distintas a las impulsadas por la iglesia, hecho que motivó que se catalogue al siglo XVIII, también como el de la Ilustración o el Iluminismo, que dio como resultado el fin de la monarquía absolutista feudal, como de los privilegios del clero, la nobleza y de la sociedad estratificada en castas hereditarias (Martínez Estrada, 2010, págs. 42, 43, 62).

El régimen feudal no permitía el desarrollo del capitalismo en la sociedad, por la oposición a los fundamentos de la economía de libre mercado, la nobleza se negaba al pago de impuestos, en una nación que se encontraba representada por los llamados Estados Generales, en los cuales se encontraban representadas las tres clases sociales, el clero con trescientos miembros, la nobleza con trescientos miembros y el Estado llano con seiscientos miembros.

El Rey, en virtud de tal precedente, en 1789 convocó a los Estados Generales para la aprobación de más impuestos, y el Estado llano exigía que las votaciones sean individuales y no por bloques, lo que no era conveniente para el Rey, quien optó por anular el proceso convocado, hecho que derivó en dos consecuencias, que marcaron el inicio de la Revolución Francesa, que puso fin al régimen imperante (Martínez Estrada, 2010, págs. 64, 65):

Que los representantes del Estado llano, ante el descontento de la arbitraria decisión del rey, se reúnan por separado, declarándose en Asamblea Nacional; y,

La subordinación del pueblo, que se tomó el símbolo del poder absolutista, la Bastilla, una tétrica guarnición militar que servía de prisión.

La autoproclamada Asamblea Nacional resolvió entre otras cosas, la abolición del feudalismo, con la derogación de privilegios y títulos nobiliarios, la elaboración de la primera Constitución, en la que constaba la división de poderes, inspirada en las ideas Montesquieu, que los bienes de la iglesia pasen al poder de la nación, que los nobles y aristócratas paguen impuestos, la proclamación de libertades políticas, y una de las más importantes resoluciones fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el 26 de agosto de 1789 (Carbonell Sánchez, Miguel, 2010), donde se precisaban libertades y derechos, de carácter inalienable e imprescriptible, para todos los ciudadanos, considerando derechos naturales del hombre la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

La Asamblea Nacional, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Martínez Estrada, 2010, pág. 66), declara como primer derecho: “I. Los seres humanos nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que sobre la utilidad común”.

De este modo, la igualdad trasciende en importancia, con relación a la desigualdad imperante hasta entonces, al considerarse a todos los seres humanos, iguales en derechos, sin que puedan ser sujetos a ninguna clase de distinción social, sino con fines de utilidad social, dejando de ser las clases sociales, el parámetro de trato, ya que a todas las personas correspondían los mismos derechos.

Muy ligado al derecho consagrado en numeral I de la Declaración, el numeral VI (Martínez Estrada, 2010, pág. 66) dispuso: “La ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes y talentos.”.

Dicho esto, cabe dejar sentado que la Asamblea, al estar conformada por los miembros del Tercer Estado, se integraba con gente de la burguesía ascendente y la gran masa de sectores populares urbanos y rurales, debiendo destacarse la influencia del teórico Emmanuel Sieyès, integrante de la burguesía ascendente, perteneciente al Club (los ciudadanos que hacían vida política se agrupaban en Clubes, no había

partidos políticos) de los Fuldenses, quien realizó dos aportes, a saber: sus reflexiones sobre la idea de representación y la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos (Martínez Estrada, 2010) (Pisarello, 2011).

Sieyès sostenía que la desigualdad era natural a las personas y no podía ser eliminada, sino que solo debía ser abolida la desigualdad originada en los privilegios, porque impedía la ampliación de la propiedad privada y la libre circulación de mercancías.

En este contexto, el Tercer Estado era el único capaz de encarnar a la nación, pero exigía ser representado, porque el poder constituyente revolucionario solo podía actuar excepcionalmente, para luego volver a los poderes constituidos, que debían funcionar, a partir de una lógica que reconociera la ciudadanía activa a los mejores, lo que conducía a priorizar el papel de la burguesía en detrimento de los sectores populares.

Se expide entonces, la Constitución girondina de 1791, que establecía que la nación debía ejercer sus poderes, mediante representantes electos por sufragio censitario y excluyente, siguiendo la idea de Sieyès, para quien el sufragio no debía considerarse un derecho, sino una función pública, para la cual había que demostrar cualidades como la de ciudadano activo. En consecuencia, se establece una clasificación entre ciudadanos activos y pasivos, los activos representaban el 15% de la población y gozaban de plenos derechos políticos, mientras que los pasivos, que representaban al resto de la población, no tenían tales derechos, al ser considerados, con menor capacidad e interés de la cosa pública.

Sin embargo, se producen situaciones excepcionales, ante las amenazas de los ejércitos extranjeros y el intento de fuga de Luis XVI, lo que motivó que se devuelva al poder constituyente, su papel revolucionario; y así, por vez primera, se elige la Convención, a través de sufragio universal masculino, bajo la influencia de los Jacobinos (Club), quedando abolida la monarquía y proclamada la I República, en agosto de 1792, donde brillaron dirigentes republicanos como Maximiliano Robespierre y Louis de Saint Just (Pisarello, 2011).

Robespierre, seguidor de Rousseau, tenía una posición contraria a la del sufragio censitario, y acuñó la divisa trinitaria “Libertad, Igualdad y Fraternidad”, llegando a incluirse sus ideales en la Constitución de 1793, que da un rumbo distinto a la democracia, al establecer el sufragio universal masculino.

Además, Robespierre tuvo influencia positiva en las mujeres, que crearon en 1793, el Club de Republicanas Revolucionarias, compuesto por un grupo de mujeres parisinas, que tuvo activa participación en la lucha contra acaparadores y la imposición de precios máximos a bienes básicos, como la harina; llegando incluso una mujer, Pauline Léon, a exigir el derecho a que se les permita armarse para participar en el proceso revolucionario. En consecuencia, las féminas pudieron continuar el proceso de defensa de la igualdad, entre mujeres y hombres, que tuvo inicio en 1789, con la presentación de un cuaderno de quejas al Rey, debiendo destacarse el papel de la dramaturga y panfletista, Olympe de Gouges, quien redactó una Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana.

Lamentablemente este escenario, que hubiese sido un gran despegue para la igualdad, duró poco y se truncó, tras un golpe de Estado de los conservadores, quienes ejecutaron a Robespierre y Saint Just en 1794, trayendo como consecuencia la suspensión del movimiento democrático, la reorganización del orden público y la restauración del sistema censitario, donde se defendía la preponderancia social y política de la burguesía (Pisarello, 2011).

Así, François-Antoine de Boissyd’Anglas en el discurso preliminar a la Constitución de 1795, manifestó “Debemos ser gobernados por los mejores: los mejores son los más instruidos, los más interesados en el mantenimiento de las leyes. Ahora bien, con muy pocas excepciones, no encontraréis hombres de ese tipo más que entre aquellos que, teniendo una propiedad, están apegados al país en que se encuentran, a las leyes que la protegen, a la tranquilidad que la conserva [...] El hombre sin propiedades, por el contrario, necesita un constante esfuerzo de virtud para interesarse por un orden que no le conserva nada y para oponerse a los movimientos que le ofrecen alguna esperanza”, concluyendo “un país gobernado por los propietarios está dentro del orden social; un país en el que gobiernan los no propietarios está en estado salvaje” (Pisarello, 2011).

Quedó reducido a nada, el esfuerzo de la pasajera Constitución democrática de 1793, dándose un retroceso total de la igualdad, pues la Constitución francesa de 1795, a diferencia de la proclama de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, tenía un claro interés en la propiedad, pues garantizó: “el derecho de disfrutar y disponer de los bienes propios, de los ingresos propios, del fruto del propio trabajo y de la industria propia.” (Pisarello, 2011).

No obstante este lamentable suceso producido en Francia, la Revolución Francesa y sus ideales dejaron sentadas las bases del derecho a la igualdad formal, que es la base de las regulaciones actuales, en virtud de la evolución del principio, a partir de entonces.

1.2. Principios

Tomando en consideración los antecedentes expuestos, es claro que el origen del derecho a la igualdad fue la desigualdad, basada en la diferencia de trato de las personas pero en función de la posición jerárquica, trato que no era equilibrado ni justo en cuanto a las cargas impositivas y laborales de los miembros de la sociedad, debido a la arbitrariedad de la clase dominante y la irresponsable posición del monarca.

Ahora bien, tomando el criterio de Alfonso Ruiz Miguel (Carbonell, 2003, pág. 58) se debe tener claro, que a través de la proclama de la igualdad, no se puede decir que los hombres seamos iguales, puesto que jamás lo hemos sido ni lo seremos, cada persona es un mundo dotado de virtudes y defectos, similitudes y diferencias, en donde se deben resaltar las diferencias, pues de ellas se origina el derecho a la igualdad en los términos en los que ha surgido a la luz.

La igualdad a la ley no significa que las personas seamos iguales, absoluta y definitivamente, lo que implica con certeza es que cada persona es distinta, de lo cual surge el ejercicio del derecho a las diferencias, ya que el derecho a la igualdad tiene como fin ahondar en las diferencias de los seres humanos, y de nuestro derecho a ser

diferentes, en virtud de que así somos, permitiéndonos la igualdad ser tratados como tales ante la norma, a fin de que no seamos víctimas de discriminación.

Considerada la igualdad, en el sentido que se ha manifestado hasta aquí, no hace sino demostrar que tal derecho no es sino un artificio para regular la vida en sociedad, sin que éste sea un derecho natural, ya que lo justo y lo natural para cada ser humano es el derecho a hacer valer su diferencia individual ante los demás, jugando un papel importante en abundancia, la voluntad de cada persona, porque el derecho no hace sino regular las distintas y respetables voluntades, derivadas de la dignidad del ser humano, garantizando el derecho a la diferencia, porque de lo contrario, todos seríamos diferentes sin el derecho a ser tratados como tales (Pérez Royo, 2002).

La promulgación del derecho a la igualdad no ha negado, ni podrá negar que los seres humanos hemos sido, somos y seremos iguales como desiguales al mismo tiempo, así también lo estableció el citado numeral VI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹.

La voluntad de la cual nos encontramos dotados los seres humanos es la que marca la desigualdad, y por ende nos obliga a sujetarnos a un régimen de igualdad, cuyo fin es la distribución equilibrada de las cargas impositivas, diferenciándonos la voluntad que nos caracteriza, de los demás animales, que actúan instintivamente, a diferencia de nosotros que no estamos obligados, naturalmente, a actuar de tal o cual manera, sino en base a nuestra voluntad (Pérez Royo, 2002).

Hasta el momento se ha manifestado que la igualdad es un derecho, pero de los pocos rasgos que han motivado su surgimiento, tomando en consideración la constitución española, en un estudio realizado por Juan María Bilbao Ubillos y Fernando Rey Martínez (Carbonell, 2003, pág. 105), la igualdad tiene una triple condición, de valor, de principio y de derecho, siendo el principio vertebrador del modelo de Estado constitucional (Carbonell, 2003, pág. 9).

¹ La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Son igualmente admisibles para todas las dignidades, sin otras distinciones que las de sus virtudes y talentos.

Llegado el momento, es coherente preguntarnos, cuál es la base para tomar la medida de igualdad, y la misma es la relación entre dos o más personas, de las cuales se deben obtener los criterios de relevancia, que como no puede ser de otra manera, resaltarán a la luz tanto las diferencias como las similitudes que permitirán aplicar la igualdad al caso. En palabras de Alfredo Ruiz Miguel (Carbonell, 2003, pág. 44), el concepto de igualdad presupone predicar una relación comparativa entre por lo menos dos elementos, sin que la comparación sea cualquier comparación, sino una comparación de igualdad, en la que se considere el valor de los elementos, y al efecto señala como ejemplo explicativo, que lo coherente resulta decir “*A vale tanto como B*”, que es muy distinto a manifestar “*A es casi como B*”.

En la obra se aclara el ejemplo expuesto, haciendo relación a la conexión entre igualdad, identidad, semejanza y diferencia, aclarando que la única relación de igualdad en la cual no puede haber rasgos de diferenciación es la matemática, porque caso contrario siempre existirá un rasgo de diferenciación entre los elementos, y así se explica que siempre la igualdad exige la existencia de dos o más elementos, mientras que en la identidad exige la existencia de un solo elemento, es decir no hay comparación, pues la identidad no puede sino referirse a una misma cosa como tal, aunque esta tenga semejanza con otra, y se utiliza un ejemplo de ilustración que es claro, la comparación dos bolas de billar, que son semejantes pero no idénticas, a pesar de tener una contextura similar, ya que cada una ocupa un espacio distinto, al mismo tiempo, tiene átomos diferentes de composición, son de distinto origen de fabricación, etc. Para explicar, aún más el tema, el citado autor manifiesta:

Y Westen ha formulado una idea semejante al decir que “la igualdad es una relación que únicamente rellena el vacío entre ‘lo diferente’ y ‘lo mismo’: las cosas que son iguales, siendo distintas cosas, son necesariamente diferentes; y sin embargo, al ser iguales, son también las mismas (Carbonell, 2003, pág. 45).

Citado esto, el autor, efectivamente, realiza una distinción clara entre el alcance de la identidad y la semejanza, siendo esta última el parámetro de la igualdad, en virtud de que los elementos siempre tienen alguna diferencia,

manifestando, amparado en Aristóteles, que “parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.

La semejanza es un término ambivalente, que sirve tanto para considerar los elementos de identidad como de diferenciación, pudiendo ser lo semejante igual, pero también diferente; y siguiendo tal criterio, el autor se va por aquello de la diferencia como modelo ideal de igualdad que propone caracterizar a las relaciones sociales igualitarias por la diversidad en un mismo plano entre distintos individuos, sin ser la diferencia incompatible con la igualdad ni constituyente de desigualdad.

El considerar algo igual como desigual para la aplicación del principio no es arbitrario ni queda al capricho de quien compara, porque el criterio de relevancia es dado por las circunstancias, y en relación a esto, no resulta que una persona se considere inferior o superior al resto, porque simplemente así lo considere, sino que es de vital importancia como dice Alfonso Ruiz Miguel, tomar el parámetro de igualdad de la siguiente forma: “Dado el criterio de relevancia, estos dos o más términos son (o deben ser) iguales (o desiguales)” y no hacerlo arbitrariamente, así: “Dos o más términos son (o deben ser) iguales (o desiguales) según el criterio de relevancia que arbitrariamente te parezca” (Carbonell, 2003, pág. 64).

Ahora bien, para aclarar aún más la connotación de la relación entre identidad, semejanza e igualdad, es oportuno considerar el estudio del principio, hecho por Paolo Comanducci (Comanducci, 2010, págs. 31-37), quien habla de contextos de uso de la noción de igualdad, a saber formalizados, descriptivos y prescriptivos.

En un contexto formalizado la igualdad se vincula con la identidad, es decir se trata de una igualdad matemática en la que se habla de una misma cosa; siendo muy distinto el contexto descriptivo, que permite la abstracción de las diferencias de los objetos, que lleva a instaurar entre los objetos una relación de equivalencia que no tiene en cuenta las características diferenciales, por ejemplo dos jarras que pueden ser consideradas como iguales, en consideración a dos características, el color y la forma, ya que podrían tener peso, antigüedad y composición diferentes.

La identidad sólo existe cuando se trata de un mismo objeto, mientras que en el contexto descriptivo, la igualdad siempre trata de elementos distintos, entre los que cabe un juicio de igualdad, que divide a un conjunto de objetos a ser medidos según un estándar como puede ser el peso, la forma o cualquiera otro. La igualdad en el contexto descriptivo, aclara que la semejanza es distinta a la igualdad en el contexto descriptivo, porque en el caso de la semejanza no hay abstracción de las diferencias, que si bien se subrayan sus características comunes, se presupone que existen también diferencias.

En el contexto prescriptivo, en cambio, no basta con hacer un juicio, sino que el juicio de igualdad supone la existencia de una norma que instituye igualdad y prescribe hacer abstracción de las características diferenciales, para considerar la relevancia de las características comunes, dando a entender que no es dable desacreditar un juicio de igualdad, con solo presentar un hecho o un enunciado, sino que es necesario presentar una norma que prescriba irrelevantes las características que instituyen igualdad, a diferencia de otra norma que las considera relevantes.

Con el antecedente, recientemente expuesto, Comanducci hace alusión a Platón y Aristóteles, quienes consideran que “se debe tratar a los iguales de manera igual, y a los diferentes de manera diversa”, no siendo la igualdad un concepto vacío, sino formal, ya que no prescribe nada hasta ser llenado de contenido, a través de la norma, que llena según la concepción de la igualdad que cada regla le asigne. Esto último, se vincula con la manifestación de Alfonso Ruiz Miguel (Carbonell, 2003, pág. 63), quien considera que el de igualdad no es un concepto vacío, sino más bien abstracto, magro.

Dicho esto, cabe hacer referencia al planteamiento de Michel Rosenfeld (Carbonell, 2003, págs. 79-83), quien estima que en el contexto de las constituciones contemporáneas, todas las personas como miembros de la comunidad constitucional tendrán garantizados todos los derechos constitucionales y gozarán de la misma protección de la ley, porque de la comparación entre el yo y el otro, se encuentran identidades y diferencias, que llevan a una aplicación del principio, que contribuye a inclusiones y exclusiones, con sus obvias consecuencias, como serían que la

inclusión total eliminaría la barrera entre el yo y el otro, reduciendo al otro al yo, mientras que la exclusión total haría imposible para el yo referirse al otro como a uno más, reduciendo al otro a un objeto.

El tratadista manifiesta que aunque parezca que la identidad va ligada a la inclusión y la diferencia a la exclusión, no sucede aquello, absolutamente en todos los casos, porque en ocasiones la identidad se liga con la inclusión y la diferencia con la exclusión, en virtud de que lo contrario puede perjudicar como favorecer a la minoría, según las circunstancias.

La aplicación del principio no es inmutable, sino por el contrario, es tan cambiante en la sociedad como cambiantes son los seres humanos, porque el yo y el otro, cambian en virtud de las relaciones formadas y mantenidas por los lazos de identidad, diferencia, inclusión y exclusión, y en la práctica sucede, que bajo determinadas circunstancias todos son un yo, y bajo otras, son el otro, tal es el caso del criterio de raza, en el cual hombres y mujeres son el yo, pero dentro del mismo grupo, para otros temas, como los relacionados al género ya no son todo el grupo racial el yo, pues los papeles se dividen entre el yo y el otro.

Finalmente, cabe considerar que el principio de igualdad es un ideal que se lo busca, pero nunca se lo alcanza en su totalidad, aunque para la aplicación absoluta del principio se atacan las desigualdades particulares, con el propósito de reducir la desigualdad y alcanzar el ideal de igualdad. Es decir, que ante las diferencias existentes entre los hombres, el fin es alcanzar la igualdad jurídica de trato, sin querer decir que no quepa la desigualdad jurídica, sino que cuando se la aplique, ésta debe ser fundamentada en razones válidas, con una finalidad constitucionalmente legítima, basada en criterios y juicios de valor generalmente aceptados, con fines fundados para la diferenciación normativa de trato (Carbonell, 2003, pág. 108).

1.3. Evolución institucional

El principio ha evolucionado desde su surgimiento, hoy en día ya no sólo se toma a la igualdad en el sentido de igualdad ante la ley, pues el paso del tiempo ha permitido tomar medidas, por medio de las cuales el trato desigual lleva a la

verdadera igualdad, tal es el caso de las medidas de acción afirmativa o discriminación inversa, que permiten equiparar las diferencias.

Se ha manifestado al inicio de este capítulo, que la igualdad, en las primeras declaraciones de derechos, tiene un carácter formal, limitado a lo que hoy se conoce como igualdad ante la ley, cuyo propósito fue la abolición de los privilegios de los que gozaron la nobleza y el clero hasta el siglo XVIII. El fin de los privilegios trae consigo la aplicación de la ley de modo general, a todos los ciudadanos, entendiéndose por ciudadano al varón blanco, adulto propietario y con ingresos mínimos (Entrena Vásquez, Luz;, 2005).

El aporte de las revoluciones del siglo XVIII fue válido, como el inicio de la humanidad en la lucha de la igualdad, pero en lo posterior es necesario considerar a la igualdad como no discriminación, para hoy en día buscarse la igualdad material, según la cual las diferencias que existen entre cada persona deben ser consideradas en el trato, porque dar a todos el mismo trato es imponer la uniformidad, que tanto por ser impuesta como por ser arbitraria, resulta una negación de la igualdad, porque al hacer que los diferentes se asemejen al modo de algunos miembros del todo es privilegiar al modelo y discriminar a los diferentes (Trujillo, Julio César;, 2004, pág. 18).

La igualdad formal no permitía que el Estado tenga un papel corrector en el establecimiento de distinciones que favorezcan a grupos desfavorecidos, merecedores de trato desigual, viéndose impedido el Estado a tomar medidas diferenciadoras entre los ciudadanos, quedando insuficiente, la igualdad formal para satisfacer las demandas de los movimientos obreros de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, que requieren el papel intervencionista del Estado.

El Estado no podía cegarse ante la realidad, y mantenerse neutro porque su inoperancia lo haría tomar partido por la desigualdad, como bien lo dice Maidowski, citado por Aida Kemelmajer de Carlucci, en las Acciones Positivas (Carbonell, 2003, pág. 248), quien considera que: “Cuando el Estado se mantiene neutral frente a la desigualdad o el desequilibrio social, en realidad deja de ser neutral, pues lo que hace es tomar partido por el statu quo”.

La situación debía cambiar, porque la igualdad formal que primaba en el modelo de Estado de Derecho no satisfacía las necesidades colectivas, y se dan los primeros pasos con la promulgación de leyes y medidas de carácter social en los estados, empezando por el alemán, durante la época de Bismarck y la posterior República de Weimar.

Brota de este modo el modelo del Estado Social de Derecho y con él, la igualdad real o material, que persigue una equiparación más real de los ciudadanos, teniendo en cuenta su posición social, porque el objetivo de la igualdad viene a ser el reducir al mínimo los efectos de las desigualdades sociales, que aseguren cierto nivel de bienestar a todos. Se pasa a un ámbito social del contenido de los derechos fundamentales, como del papel intervencionista del Estado, que desde entonces, pondría límite a los clásicos derechos de libertad de contratación como de propiedad (Entrena Vásquez, Luz, 2005).

Las acciones positivas. Nacen en virtud del intervencionismo estatal, y David Giménez Glück, citado por Luz Entrena Vásquez, manifiesta que “son aquellas normas que diferencian entre colectivos socialmente beneficiados y desfavorecidos y que tienen como finalidad luchar contra la situación de desigualdad material de estos últimos”.

Para el análisis Luz Entrena Vásquez, siguiendo a Fernando Rey Martínez, considera al artículo 14 de la constitución española de 1978, que establece: “Todos los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por motivo de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El artículo resalta el derecho de los individuos a no ser discriminados directa ni indirectamente, incluyendo además el principio de las acciones positivas para el fomento de la igualdad de las categorías que la constitución protege especialmente.

La enumeración que se realiza de los colectivos, clásicamente discriminados, no es taxativa, dejando campo abierto para cualquier caso, conforme dice el texto en

su parte final “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, sin que ello quiera decir que se pueda abusar de las medidas, sino que se citan ciertos colectivos, que históricamente han sido discriminados en la sociedad, pudiendo, sin embargo, aflorar discriminaciones a otros colectivos no constantes en el artículo.

Se expresa que se debe procurar la menor aplicación de estas medidas, en cuanto sea posible corregir el mal social a través de alternativas diferentes, porque de lo contrario se caería en una sobreprotección de determinado grupo en relación a los demás, contrariando el fin de las medidas de acción positiva, que son de equiparación, pero con limitación en el tiempo, hasta que se supere el problema de discriminación social.

No cualquier colectivo, por ser tal puede considerarse víctima de discriminación y acogerse a estas medidas, sino debe estar constitucionalmente protegido, vinculado por un rasgo común, que será el factor de discriminación existente; además el colectivo debe tener un precedente histórico de discriminación y comprobación de la persistencia de desigualdad material en el ámbito que se pretenda equilibrar, así como la existencia de prejuicios sociales que los hayan excluido de participar en el establecimiento de normas y mediadas que los afecten (Entrena Vásquez, Luz., 2005).

Discriminación inversa. Como una subespecie de medida de acción positiva más rígida, pero con rasgos propios, surgen también, para procurar la igualdad real, las medidas de discriminación inversa, que a criterio de Luz Entrena Vásquez tienen por fin la reserva de un determinado porcentaje de plazas en el ámbito político, laboral, administrativo, para que sean ocupadas por un colectivo, sin que tales medidas generen sólo diferencia de trato a quienes están excluidos del colectivo, sino que se pone a los excluidos mayores dificultades de acceso a un bien de interés público, por la reserva existente; así por ejemplo en España, los sistemas de cuotas han sido de aplicación para tres colectivos, las minorías raciales, las mujeres y los discapacitados.

La tratadista manifiesta que tales medidas deben restringirse a requisitos como:

Existencia de una desigualdad de hecho evidente dentro de la realidad en la que la medida pretende incidir.

Modulación de su rigidez y afectación a terceros perjudicados: la medida deber ser la respuesta a un valor constitucional y probar la auténtica finalidad de la norma, sin que pueda tener la apariencia de constitucionalidad; que los objetivos porcentuales sean flexibles, sin que sea mayor la diferencia en la cualificaciones exigidas a los beneficiarios del trato; y, que el daño al colectivo no sea excesivamente gravoso.

Ineficacia probada de otras medidas de acción positiva, por ser la discriminación inversa una de las medidas más agresivas de los derechos fundamentales de los grupos excluidos del beneficio que amparan, debiendo ser la última alternativa, para mitigar una situación de desigualdad en tiempo razonable.

Sujetarse a un principio de reserva de ley, debiendo estar respaldadas por las garantías del procedimiento legislativo.

Aunque Luz Entrena Vásquez no hace alusión al factor tiempo, respecto de los requisitos de las medidas de discriminación inversa, considero que es importante considerarlo, en cuanto las medidas no pueden ser indefinidas, sino subsistir hasta que se subsane la situación de discrimen, no obstante el fin compensador de las medidas.

Discriminación indirecta. Se trata de una situación de desigualdad disfrazada, en cuanto se la encuentra en aquellas prácticas, basadas en una diferencia de trato aparentemente legítima, que tiene consecuencias desventajosas para un colectivo en relación a otro, al respecto una definición dada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el ámbito laboral, en cuanto a discriminación por razones de sexo: (Entrena Vásquez, Luz;, 2005):

aquellos tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las consecuencias fácticas que tiene lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos

razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo.

Se cita en la obra un criterio de Serra Cristóbal, quien manifiesta que los elementos constitutivos de la discriminación indirecta son: 1. Un trato formalmente igual entre hombres y mujeres; 2. El impacto adverso sobre el colectivo de mujeres; 3. La difícil constatación o ausencia de la voluntad discriminatoria; 4. La posibilidad de admitir justificaciones razonables y proporcionales en las prácticas de resultado discriminatorio; 5. El problema de la prueba de las discriminaciones indirectas.

Alcance de la Evolución. La igualdad real trasciende el ámbito formal de la igualdad, volviéndose un principio más completo, cuya pretensión es el equilibrio y el bienestar social del conglomerado, que obliga al Estado, como ente regulador de la vida en sociedad, a tomar un protagónico papel de intervencionismo en salvaguarda de los intereses de todos sus miembros, brindando mayor protección a los grupos históricamente discriminados, que han sido siempre limitados por una inquebrantable barrera social, en virtud de su color de piel, sexo, limitaciones físicas, etc. La evolución del principio, hoy en día busca medidas de protección que permitan la integración social de los grupos socialmente excluidos, dejando de ser neutro e impávido el Estado ante el real discrimen que se ha arrastrado en la sociedad, por lo que se incorporan medidas de carácter constitucional, como las de acción positiva y discriminación inversa, teniendo también, el Estado la facultad de regular los casos de discriminación indirecta, de aparente legitimidad.

1.4. La Discriminación

Analizado el tema de la diferencia de trato, y considerando que existe discriminación en la sociedad, para evitar equívocos, cabe distinguir el alcance de estos dos términos, en virtud de que la discriminación, al contrario de la diferenciación, ya no se funda en los criterios de distinción natural, innatos al ser humano, sino en criterios de inferioridad (Carbonell, 2003, pág. 123), por lo que no se trata de cualquier trato diferente, sino de un trato reprochable, en el que la igualdad juega un papel trascendente en pos de subsanar el mal social.

Alessandro Pace, siguiendo a Norberto Bobbio (Carbonell, 2003, pág. 226), considera que la discriminación está caracterizada por el odio que surge a una persona o grupo de personas por lo diverso, como lo es el desprecio por otro sexo, por un determinado color de piel, por quien no comparte las mismas ideas políticas o la misma fe religiosa.

Considerando que la discriminación es reprochable, por lo vejatoria en el trato, que lesiona la dignidad de los seres humanos, es bueno precisar la incidencia del principio de igualdad en relación al ámbito público y privado, debiendo cuestionarnos si es que ¿es igual la restricción que se impone al principio de autonomía de la voluntad, del cual disponen los particulares, que restringir a los entes públicos?

Para dar contestación a esto último, considérese que la autonomía de la voluntad, que caracteriza al ámbito privado, permite la arbitrariedad de la intervención, que de alguna forma puede llegar a ser discriminatoria, no obstante de encontrarse limitada por el orden público, que tiene como fin impedir que se arrollen las barreras de la licitud del principio.

Juan María Bilbao y Fernando Rey Martínez (Carbonell, 2003, pág. 132), en base a la constitución española, hacen un análisis del tema, citando una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 108/1989, 8 de junio), que ha resuelto: “se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada solo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el Art. 14 CE”.

No es que los particulares estén subordinados a tal o cual proceder de por sí, viéndose restringidas por ejemplo la libertad de contratación, de asociación, sino que se encuentran obligados a respetar los derechos de los demás, en el sentido de que, amparados en la autonomía de la voluntad, y en las libertades que ella precisa, su alcance no es lícito ni suficiente para lesionar los derechos fundamentales de ninguna persona. Es decir, la igualdad, en el ámbito público, no tiene la misma trascendencia

que en el ámbito privado, en el que no se la aplica con la misma rigidez, no obstante regular también las relaciones entre particulares.

Hay casos de particulares, en los cuales de cualquier forma es trascendente la aplicación del principio de igualdad, tómesese como ejemplo la prestación de un servicio público, a cargo de un particular, en el que todos los usuarios, por la naturaleza de la prestación tienen derecho a recibir el mismo trato, con exclusión de la discriminación en cuanto a acceso, tarifas y condiciones de prestación del servicio.

Todo este ataque de regulación, a la discriminación, se da porque es un problema social, más que jurídico, sin que sea suficiente el hecho de precautelarse que susciten casos de discriminación legal, debiendo ser objeto de regulación las conductas discriminatorias con proyección social, que es lo que vuelve intolerables ciertas prácticas, es decir, que no es suficiente con que el Estado cumpla, a través de sus órganos con la prohibición de no discriminación, sino que debe evitar que otros discriminen, por lo que la aplicación del principio de no discriminación no excluye las prácticas discriminatorias privadas, condenando todo tipo de discriminación, con independencia del sujeto activo.

En cuanto a esto último, según exponen Juan María Bilbao y Fernando Rey Martínez (Carbonell, 2003, págs. 137, 138), hay una parte de la doctrina que considera que la eficacia del principio constitucional es mediata, a través de la intervención legislativa, mientras que otro sector, al cual me acojo, considera que no es necesaria la interposición del legislador, para apreciar la ineficacia de las regulaciones privadas discriminatorias, que coloca al principio constitucional como un límite amplio para invalidar las normas, actos y contratos que atenten contra la igualdad consagrada, correspondiéndole al órgano judicial resolver el conflicto entre el principio de no discriminación y la exigencia de respeto a la autonomía privada, debiendo ordenar la reparación del derecho, en caso de encontrar como víctima de discriminación al reclamante, en la relación.

Los tratadistas citados manifiestan que el juez, para hacer la valoración, debe acogerse a tres factores (Carbonell, 2003, págs. 138, 139), considerando como primer factor la repercusión social de la discriminación, existencia de un patrón de conducta

generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico, en virtud de la trascendencia del caso, y para ejemplificar el tema se manifiesta que no es lo mismo la decisión de arrendar una casa a cierta persona que la aplicación de códigos discriminatorios en un banco a la hora de conceder un crédito, o en una empresa para contratar un trabajador, porque la discriminación se transporta del ámbito privado al público, por la trascendencia del caso. El segundo factor, de importancia es la posición de monopolio de quien discrimina, en virtud de que, por razones de sexo o raza, un único club recreativo, la única sala de cine, la única piscina pública no podría excluir a tal categoría de personas, por la trascendencia de tal discriminación.

Finalmente, y de trascendencia para considerar la discriminación, se debe tener en cuenta la afectación del núcleo esencial de la dignidad o integridad personal de quien es discriminado, para lo cual se considera un criterio, en el cual ya es válida la opinión de un tratadista de derecho privado, a quien en el texto se lo cita como J. Alfaro (Carbonell, 2003, págs. 132-139), para quien, nada más, es ilícita la discriminación contraria a la dignidad del discriminado, por el carácter público de la vejación, obteniendo de este modo el discriminador estatus en relación a un miembro de otro grupo que está siendo discriminado.

Capítulo II

2. La igualdad en las constituciones ecuatorianas

El presente capítulo aborda el tratamiento y desarrollo del principio de igualdad, durante la vida republicana del Ecuador, desde 1830, aclarando que el análisis de este capítulo es hasta la Constitución de 1998, pues en relación a la Constitución de 2008, se lo verá en el capítulo subsiguiente.

El Ecuador, desde el inicio de la República, hasta 1998, ha dado vida a diez y ocho constituciones, lo que ha generado consecuencias como inestabilidad y retrocesos, no obstante, también, haberse incorporado grandes avances; han existido Constituciones muy pasajeras, que han durado escasos meses, y otras más duraderas, llegando a ser la de 1946, la que más años de subsistencia ha tenido.

Por lo dicho, antes de iniciar, con el estudio de cada una de las constituciones, por la trascendencia del caso, resulta oportuno citar una idea de Thomas Jefferson (Carbonell Sánchez, Miguel, 2010), quien manifiesta:

Me parece en sí mismo evidente que los vivientes tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni de derechos sobre ella. La porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad. Por razones análogas puede demostrarse que ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo. Son también dueños de sus propias personas y, por consiguiente, pueden gobernarlas como les plazca.

Esta idea de tránsito en la tierra, y por ende en la sociedad, concuerda con la manifestación de Miguel Carbonell, quien considera que cada Estado construye sus cambios, de acuerdo a sus necesidades, sin querer dar a entender con ello, que las constituciones deban cambiarse a cada rato, como lo ha hecho el Ecuador, porque la consecuencia sería la crisis, no obstante ser la dinámica del derecho, necesaria para

adaptarse a la evolución de la realidad, sin que una Carta constitucional deba ser inmutable.

2.1. *Enfoque en las distintas constituciones*

Constitución de 1830. Se trata de la primera Constitución del Ecuador republicano, que tuvo una duración de cinco años, regulando a la igualdad en su artículo 11: “Los derechos de los ecuatorianos son, igualdad ante la ley, y opción igual a elegir y ser elegidos para los destinos públicos teniendo las aptitudes necesarias” (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007).

Se proclama la igualdad formal, aunque sea de forma incipiente y sólo para los ecuatorianos, aunque no podía hablarse de una igualdad plena, en virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 16, que dispuso que sólo podían votar quienes gocen de una renta anual de 200 pesos, lo cual vuelve una utopía el derecho de todos, a elegir, así como del derecho a ser elegidos, que se lo limitaba en la norma del artículo 24, al ordenar como requisito para ser Diputado, entre otros, el ser dueño de una propiedad raíz de 4000 pesos o beneficiario de una renta de 500 pesos, en concordancia con el numeral 1 del artículo 32, que exigía a los candidatos a Presidente de la República, una propiedad raíz de 3000 pesos (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007) (Larrea Holguín, 2004).

La restricción económica de los derechos conculcados, tiene una razón de ser, como lo dan a conocer Julio Tobar Donoso y Juan Larrea Holguín (Larrea Holguín & Tobar Donoso, Derecho Constitucional Ecuatoriano, 1981), para quienes en la época había criterio muy generalizado, de que los congresos tenían como función primordial, la de aprobar los impuestos y presupuestos que debían pesar sobre los propietarios y personas con alguna renta.

Constitución de 1835. El principio de igualdad figura en el preámbulo: “Nosotros los Representantes del Ecuador, reunidos en Convención, con el objeto de reconstruir la República sobre las sólidas bases de la libertad, igualdad e independencia y justicia, conforme a los deseos y necesidades de los

pueblos, que nos han conferido sus poderes; ordenamos, y decretamos lo siguiente (...).”.

Seconsidera a la igualdad, base de la reconstrucción de la República, fundamento de la expedición de la Carta constitucional, que en su artículo 8 disponía: “Los derechos de los ecuatorianos son: igualdad ante la ley, y opción igual a elegir y ser elegido para los destinos públicos, teniendo las aptitudes necesarias”.

Subsiste la igualdad formal, asícomo la restricción del derecho aelegir, condicionándose enel artículo 17 numeral 4el sufragio, sólo para quienes recibían una renta anual de 200 pesos; y, el derecho a ser elegido, al permitir el artículo 26 numeral 3, ser candidatos a Senador, sólo a los dueños de una propiedad raíz de 8000 pesos, o a quienes recibían una renta anual de 1000 pesos, provenientes de una profesión científica, un empleo o alguna industria particular, imponiéndose igual condición a los candidatos a Presidente de la República, en el artículo 56 (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007) (Larrea Holguín, 2004).

Constitución de 1843. El artículo 88 de esta Carta proclama “Todos los ecuatorianos son iguales ante la ley, y hábiles para obtener los empleos de la República, teniendo los requisitos legales; y ninguno que no sea ecuatoriano en ejercicio de los derechos de ciudadanía, a ser funcionario público.”.

Se puede destacar del texto, que subsiste la fórmula de igualdad ante la ley, supuestamente garantizando a todos los ecuatorianos en goce de los derechos de ciudadanía, el ejercicio de cargos públicos, no obstante se impusieron mayores restricciones económicas para ser Senador, conforme mandaba la norma del artículo 17, que aún exigía una propiedad raíz con valor libre de 8000 pesos o una renta anual,que ya no podía ser de 1000 pesos, sino de 1200 pesos, exigiéndose el mismo requisito a los candidatos a Presidente de la República, en el artículo 59. (Larrea Holguín, 2004) (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007).

Constitución de 1845. La Constitución de 1843 tuvo escasa duración, siendo reemplazada en Cuenca, por la cuarta Carta Magna ecuatoriana, en 1845, que alcanzó una formulación casi definitiva del derecho constitucional (Larrea Holguín, Derecho constitucional ecuatoriano, 2004), además de haber ejercido poderoso influjo en las venideras del siglo XIX. Esta Constitución deja de lado la clásica manifestación de igualdad ante la ley, para establecer en el artículo 134 que “En el Ecuador no habrá títulos, denominaciones ni decoraciones de nobleza, ni distinción alguna hereditaria.”.

El autor citado, considera que se trata de una fórmula equivalente a la de igualdad ante la ley, en virtud de las costumbres de aquella época, en la cual las desigualdades podían provenir de los privilegios de clases sociales, que quedaron expresamente desconocidos en el texto constitucional.

No obstante, tampoco se alcanza con esta Constitución un régimen absoluto de igualdad, ya que los absurdos requisitos económicos para ser Senador y Presidente de la República, subsisten, en los artículos 23 numeral 3 y 63, aunque la propiedad raíz base, bajó a ser de 6000 pesos, o en su defecto la renta a 1000. No se habla de requisitos para Diputados, porque esta Constitución vuelve al sistema unicameral de 1830.

En cuanto a los requisitos impuestos para ser elector, aún se mantiene vigente la renta de 200 pesos, conforme la exigencia del artículo 17 numeral 4 (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007).

Constituciones de 1851 y 1852. El presidente Urbina desconoce la Carta política de 1845, dictando una nueva Constitución en 1850, que se la aplicó pocos meses, en 1851; ésta reguló la igualdad en el artículo 7: “Los ecuatorianos son iguales ante la ley, y sus deberes son: respetar la religión de la República; vivir sometidos a la Constitución y a las leyes; obedecer y respetar a las autoridades establecidas por ellas; contribuir para los gastos públicos; servir y defender a la patria, y velar sobre la conservación de las libertades públicas.” (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007).

Se establece nuevamente, de manera expresa, la fórmula de igualdad ante la ley, mientras que el artículo 16 manda que todo ciudadano tiene derecho al sufragio, en la forma y calidades determinadas en la Constitución y la ley, es decir, las fijadas por el artículo 8, que otorgó la calidad de ciudadano, a los casados de 18 años y los solteros de 21, que sabían leer y escribir, además de tener una propiedad raíz valor libre de 200 pesos, o se dediquen a ejercer libremente una profesión o industria útil, sin sujeción a otro.

Se vuelve al sistema unicameral de 1830, pero con las trabas del derecho a ser elegido, ya que para ser Diputado era requisito, conforme la norma del artículo 20 numeral 3, ser dueño de bienes raíces cuyo valor libre sea de 3000 pesos o tener una renta de 500 anuales, procedentes del ejercicio de una profesión o industria útil o un empleo que no sea de libre nombramiento del ejecutivo; o en su defecto tener una propiedad y renta, que siendo menores, en conjunto llenen la proporción del requisito económico citado.

Se exige en el artículo 57, que para ser Presidente de la República, había que ser dueño de una propiedad raíz de 6000 pesos o recibir una renta anual de 2000.

La Constitución dictada en 1850, como se manifestó, rige pocos meses, en el año 1851, por lo que en 1852, por decisión de la Asamblea Nacional se regresa a la Constitución de 1845, aunque con pocas modificaciones.

Referente a la igualdad se estableció en el artículo 8: “Los derechos de los ecuatorianos son: igualdad ante la ley, y opción a elegir y ser elegidos para los destinos públicos teniendo las aptitudes legales.”.

No se superan las restricciones económicas, que condicionaban al derecho a elegir y ser elegido, así el artículo 17 numeral 4 mantenía como requisito para ser elector, el gozar de una renta anual de 200 pesos, mientras que para ser integrante del Legislativo se exigía a los Senadores, en el artículo 21 numeral 4, tener una propiedad raíz de 6000 pesos o una renta de 1000 pesos anuales; a los Representantes², en el

² Representante es un cargo distinto al de Senador, siendo atribuciones de la Cámara de Representantes, conforme el artículo 27 de la Constitución de entonces acusar ante el Senado al

artículo 25 numeral 4, tener propiedades raíces de 3000 pesos o un renta de 500. El artículo 60 numeral 3 estableció, como requisito para ser Presidente de la República, tener propiedades raíces de un valor libre de 6000 pesos o una renta de 1000 (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007).

Constitución de 1861. Esta Carta reguló los derechos relativos a la igualdad, en los artículos 7, 16, 20, 25 y 59³ (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007); y el contenido de las normas permite ver que se trata de la reiterada fórmula de igualdad ante la ley, pero con reformas totalmente positivas, por lo menos, en cuanto en la igualdad de condiciones para elegir, en virtud de que se elimina la barrera económica de restricción a este derecho, lo cual es un gran avance, no obstante subsistir la restricción económica del derecho a ser elegido, ya que aún figuran las absurdas barreras de este tipo para postularse a Presidente, Senador o Diputado, sin que las trabas impliquen ser propietario de bien raíz alguno, sino tener una renta anual de entre 300 a 500 pesos, según el caso, por lo que ya inician cambios positivos.

Constitución de 1869. Esta Constitución consagra en el artículo 8: “Los derechos de los ecuatorianos son igualdad ante la ley y opción a elegir y ser elegidos para desempeñar los destinos públicos, siempre que tengan aptitudes legales.” (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007).

Esta Carta conserva el contenido de la norma del artículo 16 de la de Constitución de 1861, al disponer en el artículo 17 que no se exige requisito económico, alguno, para ejercer el derecho al sufragio, además del mandato del

Presidente, Vicepresidente de la República, a quien se hubiese hecho cargo del Poder Ejecutivo, los Ministros Secretarios del Despacho, a los Consejeros de Gobierno y a los individuos de la Corte Suprema de Justicia; así como requerir a las autoridades competentes, para que exijan la responsabilidad a cualquier empleado público por abuso de sus atribuciones.

- ³“Art. 7.- Los derechos de los ecuatorianos son: igualdad ante la ley, opción a elegir y ser elegidos para desempeñar los destinos públicos, siempre que tengan las aptitudes legales.”
- “Art. 16.- Para ser sufragante se requiere ser ciudadano en ejercicio y vecino de la parroquia en que sufrague.”
- “Art. 20.- Para ser Senador se requiere: (...) 3. Gozar una renta anual de quinientos pesos que proceda de una propiedad o industria; o ejercer alguna profesión científica.”
- “Art. 25.- Para ser Diputado se requiere: (...) 3. Gozar de una renta anual de trescientos pesos procedente de propiedad o industria útil, o ejercer alguna profesión científica.”
- “Art. 59.- Para ser Presidente o Vicepresidente de la República, se requiere ser ecuatoriano de nacimiento y tener las demás cualidades que para ser Senador.”

artículo 25, que da mayor importancia a la igualdad, al no exigir entre los requisitos para ser Diputado, ninguna condición económica, siendo suficiente con ser ecuatoriano en ejercicio de la ciudadanía, mayor a 25 años de edad (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007).

No se llegan a eliminar totalmente las barreras del derecho a ser elegido, ya que para ser Senador se exigía tener una propiedad raíz valor libre de 4000 pesos o una renta anual de 500, proveniente de alguna profesión o industria útil, conforme el mandato de la norma del artículo 21, concordante con la del artículo 53, que exigía los mismos requisitos para ser Presidente de la República (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007).

A pesar de conservarse la restricción para ser elegido Senador, puede considerarse que existe un progreso significativo en cuanto al derecho de elegir y ser elegido, sin que se pueda decir lo mismo, en cuanto a los requisitos para ser ciudadano, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10, que establecía como requisito para ser ciudadano, el ser católico, lo que para Juan Larrea Holguín (Larrea Holguín, 2004, pág. 16), considerando el contexto social de la época, no significó una exclusión de la calidad de ciudadano, porque prácticamente todos los ecuatorianos eran católicos.

Sin embargo, la posición de Larrea Holguín merece ser criticada, pues el propio autor, de quien respeto su opinión, manifiesta que “prácticamente” todos los ecuatorianos eran católicos, lo cual obviamente representa un número, por mínimo que sea, de habitantes no católicos, siendo excluyente la norma. La crítica cabe, en cuanto a que en la época de publicación de la obra de Larrea Holguín (2004), ya estaba regulada la no discriminación por la religión, pues el tratadista, de quien respeto su posición sacerdotal, al utilizar el término “prácticamente todos”, está reconociendo que en la época una minoría, es decir “prácticamente nadie”, no profesaba la religión católica.

Al respecto me permito hacer mención a una sentencia de constitucionalidad de Colombia, la C-350/94 (Závala Egas, 1999) que resuelve:

“...la Constitución de 1991 estableció expresamente, en el artículo 19, que ‘todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley’. Esto significa que la Constitución de 1991 ha establecido una plenamente igualdad entre todas las religiones... por consiguiente, el carácter más extendido de una determinada religión no implica que ésta pueda recibir un tratamiento privilegiado de parte del Estado, independientemente de la cantidad de creyentes que éstas tengan. *Se trata de una igualdad de derecho, o igualdad por nivelación o equiparación, con el fin de preservar el pluralismo y proteger las minorías religiosas...*”.

Por lo que no resulta coherente la opinión criticada, pues conforme la sentencia citada, el carácter más extendido de una determinada religión no permite aceptar que se defienda, el haber dado un tratamiento privilegiado de parte del Estado a los católicos, a quienes sí se les reconocía como ciudadanos, a diferencia de quienes no lo eran, por más que estos hayan sido la mayoría, precedente que se lo debe considerar en cuanto a la opinión de Larrea Holguín, quien después de más de cien años de vigencia de la Constitución de 1869, pretende defender la discriminación contemplada por la norma en dicha época.

El numeral 1 del artículo 10, también fue blanco de ataques desde otra perspectiva, como lo fue el fenómeno inmigratorio, en virtud de que se consideraba que la exigencia iba a dificultar la inmigración de personas de otras religiones, y Juan Larrea Holguín, defiende tal ataque, sustentando que no habían corrientes migratorias ni la posibilidad de provocarlas en ese entonces; y sobre este tema, no resulta pertinente hacer críticas, pues es respetable y no de la relevancia del primer cuestionamiento.

Constitución de 1878. Una Constitución, como lo manifiesta Juan Larrea Holguín, con una mejor sistematización de las garantías constitucionales, incluyéndose por vez primera el principio de igualdad en la enumeración de las garantías, al establecer el artículo 17 numeral 7 que: “La Nación garantiza a los ecuatorianos: (...) 7. La igualdad, en virtud de la cual todos deben ser juzgados por unas mismas leyes, y sometidas por éstas a los mismos deberes, servicios y contribuciones;” ya no se lo trataba como un principio general, como se lo hacía en

las constituciones anteriores; manteniéndose, aunque con distinta redacción el contenido de la igualdad ante la ley.

El artículo 12, que estableció los requisitos para ser ciudadano, supera la restricción de la Constitución antecedente, al exigir tan sólo ser casado o mayor de veintiún años, y saber leer y escribir, sin hacerse alusión a la religión católica como condicionante de la ciudadanía.

Sin embargo, esta Constitución tiene un retroceso, en relación a la de 1869, pues aunque mantenía sin trabas el derecho de elegir, vuelve a poner límites económicos al derecho a ser elegido, que en parte ya había sido superado siquiera para los candidatos a Diputados; nuevamente en el artículo 32 numeral 3 exige, el gozar de una renta anual de 300 pesos, procedente de alguna propiedad o industria, o de ejercer una profesión científica; mientras que para ser Senador se bajó el requisito de renta a 500 pesos provenientes de una propiedad o industria, o el ejercicio de una profesión científica, como lo establecía el artículo 27 numeral 3, concordante con el artículo 69 que establecía entre otros requisitos, las cualidades de Senador, para ser Presidente de la República (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007) (Larrea Holguín, 2004).

Constitución de 1883. Vale aclarar, antes del estudio de esta Carta que Juan Larrea Holguín (Larrea Holguín, 2004), realiza su estudio, como Constitución de 1883, sin embargo el texto Constituciones Ecuatorianas (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007) se refiere a esta Carta, como la de 1884.

No existe mención expresa a la igualdad, como “igualdad ante la ley”, aunque en el catálogo de garantías, se hace referencia a “todos” de manera inclusiva y a “nadie”, también de una manera inclusiva, lo que viene a ser en la práctica, a criterio de Juan Larrea Holguín (Larrea Holguín, 2004), un equivalente a proclamar la igualdad⁴, al recibir todas las personas el mismo tratamiento de la ley, ante la generalidad de su aplicación y la protección igual a todos.

- ⁴“Art. 15.- Todo individuo tiene derecho a que se le presuma inocente, y a conservar su buena reputación mientras no se le declare culpado conforme a las leyes.”.

Esta Constitución, definitivamente pone fin a las barreas de tipo económico en cuanto al derecho a ser elegido, pues para ser Senador el artículo 44 establece como requisitos, ser ecuatoriano en ejercicio de los derechos de ciudadanía y tener 38 años de edad, exigiendo a los naturalizados cuatro años de residencia; para ser Diputado basta con ser ecuatoriano en ejercicio de los derechos de ciudadanía, conforme el artículo 49; y, para ser Presidente o Vicepresidente de la República, conforme el artículo 83, se necesita ser nacido en el Ecuador e hijo de padre o madre ecuatorianos, o ser nacido en el Ecuador, de padres extranjeros, que residan en el Ecuador (requisitos del artículo 6 numerales 1 y 2), ser ciudadano y haber cumplido 35 años de edad.

El ejercicio del derecho, trasciende, aunque sea en parte a un plano más objetivo, en cuanto al ejercicio de la democracia, porque las restricciones económicas, quedan definitivamente superadas, no obstante, subsistir otro tipo de restricciones como la del artículo nueve, que disponía, que para ser ciudadanos ecuatorianos, había que ser varones que sepan leer y escribir, hayan cumplido 21 años de edad o se hubiesen casado; es decir que se supera en gran parte, las absurdas restricciones que se arrastraban en contradicción al principio de igualdad, subsistiendo otras, que llegan a superarse con el paso del tiempo.

De este modo se da una aproximación, a un más puro ejercicio de la democracia, en relación a la igualdad, como lo dice Böckenförde (Aguilar de Luque, Luis;, 2004): “La igualdad de los derechos políticos es así imprescindible para la democracia. Pues si la democracia se funda en la libertad y en la autodeterminación, tiene que tratarse en ella de una libertad igual y de una autodeterminación para todos; democracia significa también, aquí y siempre, igualdad en la libertad.”.

Finalmente cabe dejar sentado que fue mérito de esta Constitución fue sentar un precedente, a en las Posteriores no se pongan trabas económicas al ejercicio de la

-
- “Art. 18.- A nadie se exigirán servicios no impuestos por la ley; y en ningún caso los artesanos y jornaleros serán obligados a trabajar sino en virtud de contrato.”.
 - “Art. 20.- Todos tienen el derecho de petición ante cualquiera autoridad y el de obtener la resolución respectiva; pero nunca se ejercerán a nombre del pueblo.”.
 - “Art. 21.- Nadie será detenido, arrestado ni preso, sino en los casos y en la forma que la ley determina.”.

democracia, quedando superadas, definitivamente, las barreras del derechos a elegir y ser elegido (Larrea Holguín, 2004).

Constitución de 1897. Esta Constitución no tutela sólo la igualdad, sino también la no discriminación, conforme el contenido de las normas de los artículos 30 y 31 que disponían: “Se garantiza la igualdad ante la ley, en virtud de la cual no se reconoce fuero alguno para el juzgamiento de las infracciones comunes.”, “No puede concederse privilegios ni imponer obligaciones que hagan a unos ciudadanos de mejor o peor condición que los demás.” (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007) (Larrea Holguín, 2004).

Se regula con claridad la posición jurídica de las personas, impidiéndose el trato discriminatorio o inferior entre cada una, no se admiten privilegios de ninguna clase que coloquen a una persona en una posición de superioridad con respecto a otra.

Constitución de 1906. Se excluye la fórmula de discriminación contenida en el artículo 31 de la Constitución de 1897, dándose un retroceso a lo que se había avanzado ya, limitándose el artículo 18 a manifestar: “La República no reconoce empleos hereditarios, privilegios ni fueros personales”, norma muy parecida, como dice, Juan Larrea Holguín (Larrea Holguín, 2004) a la del artículo 134 de la Constitución de 1845 que mandaba “En el Ecuador no habrá títulos, denominaciones ni decoraciones de nobleza, ni distinción alguna hereditaria.”.

Esta Constitución no implica ni estabilidad ni avance del principio aunque hace mención a la situación de igualdad de los extranjeros, en el artículo 28 que estableció: “Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos, y de las garantías constitucionales, excepto las consignadas en los números 13. y 14., del artículo vigésimo sexto; en tanto que respeten la Constitución y las leyes de la República.”; es decir, que los extranjeros sólo se encontraban excluidos del derecho a elegir y a ser admitidos en cargos públicos, conforme el mandato del artículo 26 numerales 13 y 14.

Constitución de 1929. No está por demás dejar sentado que se trata de una Constitución muy acertada en cuanto a derechos sociales se refiere, no obstante haber sido muy errada en cuanto a la organización del Estado, al implantar un régimen semi-parlamentario en vez del presidencial (Larrea Holguín, 2004), lo cual acarreó crisis.

El derecho a la igualdad estuvo regulado en el catálogo de garantías fundamentales, en el artículo 151 numeral 2 (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007):

La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador principalmente los siguientes derechos:

(...)

2. La igualdad ante la Ley. No habrá en el Ecuador esclavitud ni apremio personal a título de servidumbre o concertaje.

No se reconocen empleos hereditarios, privilegios sociales ni fueros personales.

No se puede conceder prerrogativas ni imponer obligaciones que hagan a unos individuos de mejor o peor condición que a otros;

Como lo dice Larrea Holguín, se regula la igualdad ante la ley, incluyendo las referencias hechas en las constituciones de 1897 y 1906, formándose un texto completo, destacando toda la importancia del principio, al no dejar espacios abiertos, colocando a todas las personas en una posición equilibrada en cuanto a condición social y acceso de oportunidades, previendo situaciones de discriminación, que puedan situar a las personas en circunstancias de superioridad o inferioridad.

La mujer pasa un plano distinto, al que venía viviendo hasta entonces, al mandar el artículo 13 que es ciudadano todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de veintiún años, que sepa leer y escribir, teniendo también la mujer, el derecho al voto, que en la ley de elecciones se encontraba previsto, hasta la vigencia de la Constitución de 1998, como obligatorio para los hombres y facultativo para las mujeres (Larrea Holguín, 2004, pág. 144).

No existe en la Constitución, de entonces, prohibición expresa con relación al derecho al sufragio de la mujer, ni para el desempeño de cargos públicos, por ejemplo el artículo 18 dispuso que: “Para ser elector se requiere ser ciudadano en ejercicio y no estar comprendido en las incapacidades establecidas en la ley.”, por lo que a simple vista, la mujer estaba facultada para ostentar cargos públicos, que a la larga resultaban inaccesibles, ante la exclusión de otras normas (Larrea Holguín, 2004).

Constitución de 1945. Tuvo escasa duración, apenas tres meses de vigencia, según manifiesta Larrea Holguín, siendo reemplazada en 1946. La igualdad se la regula de forma muy similar que en 1929, el artículo 141 (Cisneros Pazmiño, Dueñas Ibarra, Larrea Holguín, & Troya Mena, 2007), en el título décimo tercero, “DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES”, “Sección 1a. “De los derecho individuales”, dispuso:

El Estado garantiza:

(...)

2. La igualdad ante la ley.

No hay esclavitud, servidumbre ni concertaje.

No se reconocen empleos hereditarios, privilegios ni fueros personales.

No pueden concederse prerrogativas ni imponerse obligaciones que hagan a unos ciudadanos de mejor o peor condición que a otros.

Se declara punible toda discriminación lesiva a la dignidad humana, por motivos de clase, sexo, raza u otro cualesquiera.

En cuanto a la ciudadanía, se encontraba dispuesto en el artículo 15: “Todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de dieciocho años, que sepa leer y escribir, es ciudadano.”, mientras que sobre los requisitos del sufragio se dispuso: “Para ser elector se requiere estar en goce de los derechos de ciudadanía y reunir los demás requisitos, que en los respectivos casos, determinen las leyes.”; es decir que la pasajera Constitución de 1945 no trajo cambios significativos respecto a la igualdad, manteniéndose muy similar a la de 1929.

Constitución de 1946. Se trata de una Constitución que, en palabras de Juan Larrea Holguín (Larrea Holguín, 2004), demostró equilibrio y ponderación en el largo período de gobiernos constitucionales que se sucedieron, en la paz política y el progreso nacional, y en la misma permanencia de la Constitución que tuvo una vigencia de veinte años, como ninguna hasta entonces.

No hacía expresa referencia expresa a la igualdad, manifestándose en la normativa: “No tendrá valor alguno el contrato en que se ponga una persona a disposición de otra de manera absoluta e indefinida; ni podrán establecer las leyes condiciones que amengüen la dignidad humana.”, reduciendo la amplitud del contenido de las dos constituciones antecesoras, que avanzaron significativamente, no obstante a no ser atentatoria de la igualdad, como dice Larrea Holguín (Larrea Holguín, 2004).

En cuanto a los requisitos de ciudadanía, estableció el artículo 18 la misma prescripción que la Constitución de 1945, con una concreción más explícita al final, respecto al derecho de elegir y ser elegido: “Todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de dieciocho años, que sepa leer y escribir, es ciudadano, y, en consecuencia, por regla general, puede elegir y ser elegido o nombrado funcionario público.”, garantizándose constitucionalmente, la participación de la mujer en el ámbito público (Cisneros Pazmiño, Carlos; Dueñas Ibarra, José; Larrea Holguín, Juan; Troya Mena, Mauricio, 2007).

El artículo 21 contiene la siguiente norma: “Se garantiza la representación de las minorías en las elecciones directas, cuando se trate de elegir más de dos personas en el mismo acto. La ley determinará la forma en que dicha representación se hará efectiva y señalará, además, los casos en que se la haya de aplicar a las elecciones indirectas.”. Tiene condumio de igualdad el contenido de la norma transcrita, cuyo claro fin, es alcanzar una representación más democrática, con participación de las minorías existentes, como sujetos con derecho a ser escuchadas y a hacer extensivo su sentir social (Cisneros Pazmiño, Carlos; Dueñas Ibarra, José; Larrea Holguín, Juan; Troya Mena, Mauricio, 2007).

Constitución de 1967. Resulta ser una Constitución más de avanzada en cuanto a contenidos de igualdad, al establecer el artículo 4: “Los ecuatorianos son iguales ante la ley.”, y el 25 (Cisneros Pazmiño, Carlos; Dueñas Ibarra, José; Larrea Holguín, Juan; Troya Mena, Mauricio, 2007):

No se hará discriminación alguna basada en motivos tales como raza, sexo, filiación, idioma, religión, opinión política, posición económica o social. No se concederá prerrogativa alguna ni se impondrá obligaciones que hagan a unas personas de mejor o peor condición que otras. No hay dignidades ni empleos hereditarios, privilegios ni fueros personales. La honradez, la capacidad y otros méritos serán los únicos fundamentos de valoración personal.

Se ve una Constitución más perfeccionada, que garantiza la igualdad ante la ley, al reconocer la identidad del estatuto jurídico de las personas, como un igual tratamiento de la ley, la generalidad de su aplicación y una protección igual de la ley a todas las personas, prohibiéndose el tratamiento de todo trato diferente, que sea arbitrario o injusto (Salgado, 2009), considerándose los factores de discriminación, históricamente arraigados.

El artículo 70, respecto al sufragio, dispone en el inciso segundo: “El voto es deber y derecho de los ciudadanos: por lo tanto, es obligatorio para el hombre y la mujer.”, manteniéndose el criterio de no distinción en cuanto a derechos de participación, tanto para el hombre como para la mujer. El artículo 71 robustece lo ya aportado en el artículo 21 de la Constitución de 1946: “Se garantizan la libertad y el secreto del voto. Igualmente, la representación proporcional de las minorías en las elecciones pluripersonales.” (Cisneros Pazmiño, Carlos; Dueñas Ibarra, José; Larrea Holguín, Juan; Troya Mena, Mauricio, 2007).

No son estas, las únicas normas relativas a la igualdad, estableciéndose otras, como el artículo 74, citado por Juan Larrea Holguín: “La ley determinará asimismo los requisitos que deberán reunir los partidos para su reconocimiento por el Tribunal Supremo Electoral, el cual no hará discrimen por consideraciones ideológicas.”, garantizando, en concordancia con el artículo 25, la no discriminación por opinión

política; mientras que el artículo 81, respecto a los extranjeros contemplaba: “En ellos términos que fije la ley, los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos; se exceptúan las garantías constitucionales y los derechos políticos establecidos exclusivamente para los ecuatorianos”, otorgando igualdad a ecuatorianos y extranjeros en los que fuere aplicable.

Pero, esta Constitución, trae además, nuevos aportes, al ser el motor de algunas reformas legales, relativas a la igualdad, como las introducidas por la Ley 256, promulgada en el Registro Oficial 256 del 4 de junio de 1970, que elimina del Código Civil, la discriminación por motivos de filiación, relativa a la distinción que se hacía entre hijos legítimos e ilegítimos (fuera de matrimonio); como la discriminación contra la mujer. Las reformas que dieron capacidad jurídica a la mujer, no eran asimiladas por la sociedad, debiendo decretarse en la época de la Dictadura, a pedido de la Corte Suprema, el Decreto No. 1482, publicado en el Registro Oficial No. 355 de 10 de junio de 1977, que interpretó con carácter retroactivo, que desde la entrada en vigencia de la Ley 256, la mujer casada tiene plena y absoluta capacidad en cuestiones civiles, laborales, procesales, comerciales y de toda índole, sin excluir ninguna (Larrea Holguín, 2004).

Constitución de 1978. Suprime del texto, la frase “No se concederá prerrogativa alguna ni se impondrán obligaciones que hagan a unas personas de mejor o peor condición que otras.”, limitándose a decir la norma del artículo 19 numeral 4, en el capítulo de los derechos, deberes y garantías (Cisneros Pazmiño, Carlos; Dueñas Ibarra, José; Larrea Holguín, Juan; Troya Mena, Mauricio, 2007):

Toda persona goza de las siguientes garantías:

(...)

4. la igualdad ante la ley.

Se prohíbe toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, filiación, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen social, posición económica o nacimiento.

La mujer, cualquiera sea su estado civil, tiene iguales derechos y oportunidades que el hombre en todos los órdenes de la vida pública, privada y familiar, especialmente en lo civil, político, económico, social y cultural;

Larrea Holguín estima que la omisión de la frase transcrita, se debe a que se la entendía incluida en el artículo transcrito, considerando que prohíbe todo tipo de discriminación, considerando el citado autor que hubiese sido mejor conservar incluido el texto eliminado.

La norma es objeto de una reforma que se introduce en año 1996, con la que se incluyen nuevos criterios de discriminación a ser considerados, la edad y la filiación, no solo política sino de cualquier otra índole, ampliándose en el inciso final un papel protagónico de intervención estatal, siendo obligación del Estado tomar medidas que eliminen la discriminación, por lo que la norma tiene mayor alcance, sin darle un papel pasivo al Estado, que debe buscar medidas de ataque a la discriminación, atreviéndome a considerar que ya se dan pautas de lo que sería, en 1998, el modelo del Estado social de derecho (Cisneros Pazmiño, Carlos; Dueñas Ibarra, José; Larrea Holguín, Juan; Troya Mena, Mauricio, 2007).

La reforma del 1996, con la codificación que trae, deja el texto, así:

Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

(...)

6. La igualdad ante la Ley.

Se prohíbe toda discriminación por motivos de edad, raza, color, sexo, idioma, religión, filiación política o de cualquier otra índole, origen social o posición económica o nacimiento.

Se declara la igualdad jurídica de los sexos. La mujer tiene iguales derechos y oportunidades que el hombre en todos los órdenes de la vida especialmente en lo económico, laboral, civil, político, social y cultural.

El Estado adoptará las medidas necesarias para hacer efectivo este derecho y eliminar toda discriminación;

Además, la Carta del 78 contiene una norma interesante, en relación al tema de filiación, estableciendo, expresamente, en el inciso cuarto del artículo 22

(Cisneros Pazmiño, Carlos; Dueñas Ibarra, José; Larrea Holguín, Juan; Troya Mena, Mauricio, 2007): “El Estado protege a los progenitores en ejercicio de la autoridad paterna y vigila el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de padres e hijos. Estos tienen los mismos derechos, sin considerar sus antecedentes de filiación.”, es decir que la Constitución avanza en cuanto a la discriminación por razones de filiación, superada ya en 1967, dándole importancia a la no discriminación por motivos de filiación, no sólo con garantizarla en el catálogo de derechos, sino haciendo mención expresa a que los hijos, sean concebidos dentro de matrimonio o fuera de él, adoptados o no, siempre tendrán los mismo derechos, entre sí.

Constitución de 1998. Se garantiza el derecho a la igualdad en el artículo 23 numeral 3 (Constitución Política de la República del Ecuador, 2000), que dispuso:

Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación, en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.

La regulación de la igualdad en la Constitución de 1998 se aproxima bastante a la realidad material, en un nuevo modelo de Estado de Derecho, el Estado Social de Derecho, que necesita ser intervencionista, para precautelar la igualdad material o real de los ciudadanos, siendo deber del Estado, minimizar los efectos de las desigualdades existentes y asegurar el bienestar para todos.

Se admite que el legislador pueda determinar diferencias, para alcanzar la igualdad, pero el establecimiento de las diferencias racionalmente justificado, en base a los criterios del artículo 23 numeral 3, sin que las personas puedan ser discriminadas, sin una razón suficiente, importante o relevante, no se admite la arbitrariedad, conforme lo cita RABOSSO “a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según criterio identificable y aceptado, ninguna persona

puede ser preferida a otra”, debiendo admitirse la existencia de diferencias fundadas en un carácter objetivo, según la situación jurídica del destinatario, y no amparadas en el carácter subjetivo (Závala Egas, 1999).

De este modo, la Constitución, da sustento al principio al contener normas como las de los artículos 34, 36 y 41, que obligan al Estado a garantizar la igualdad de derechos y oportunidades, tanto a hombres como a mujeres, sobre el acceso a recursos de producción, toma de decisiones económicas, administración de la sociedad conyugal en cuanto a remuneración, condiciones de trabajo, seguridad social, derechos de maternidad para la mujer y la ejecución de políticas para alcanzar la equidad de género (Constitución Política de la República del Ecuador, 2000).

Se precautela el respeto a la diversidad, al garantizar el respeto del idioma de las distintas comunidades en el inciso tercero del artículo 1 que establecía, que el quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley, siendo el castellano el idioma oficial del Estado; mientras que en el artículo 62 se obliga al Estado, el respeto del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica de la nación, como del conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad nacional, pluricultural y multiétnica (Constitución Política de la República del Ecuador, 2000).

No se deja de lado la discriminación, por razones de filiación, conforme disponía el artículo 40 que todos los hijos, sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos; se establece una sección destinada a grupos considerados como vulnerables, en el artículo 47, que engloba a los niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, adolescentes de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, personas de la tercera edad, para quienes el Estado, por su situación de ser grupos humanos más débiles, garantiza un trato más favorable tanto en los ámbitos público o privado (Závala Egas, 1999).

A manera de resumen, se puede ver que el Ecuador, a partir de la República, hasta 1998, ha tenido un significativo progreso en cuanto a la igualdad, debiendo destacarse grandes progresos, especialmente en lo que tiene que ver con el ejercicio

de la democracia, la cual para el segundo cuarto del siglo XIX queda libre de restricciones de carácter económico, en cuanto al derecho al sufragio y el derecho a ostentar cargos de elección popular.

La discriminación por razones de género, se superan definitivamente en la segunda mitad del siglo XX, como complemento de lo que inicio en la Constitución de 1929, que puso el primer hito de inclusión a la mujer en la vida democrática, mientras que la Constitución de 1967 fue la inspiración de libertad femenina en el Ecuador, pues a partir de la misma se dictan las normas necesarias que le dan la misma capacidad jurídica que a los hombres.

El tema de la igualdad ante la ley, que inicia como igualdad formal, por el cual había una sujeción de toda persona a la ley, evoluciona con el paso del tiempo, tomando como punto de partida la dignidad; así también, la inspiración en la desigualdad constitucional de las personas, como parte de su realidad, provoca que se den los criterios de igualdad, por la relación entre las personas, sobre lo cual, afirma el profesor Humberto Nogueira que “se desarrolla la crítica democrática del siglo XX, que va a otorgar al Estado un mayor protagonismo en la vida social, tratando de corregir las graves desigualdades sociales, dentro de su tarea y fin que es el bien común, reconociéndole la posibilidad de dictar normas destinadas a ciertos grupos sociales que se encuentran en una situación determinada y específica diferente de la de otros grupos, lo que trae consigo la destrucción del dogma de la universalidad de la ley y el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades.” (Závala Egas, 1999).

Capítulo III

3. Regulación de la Igualdad en la Constitución 2008

3.1. *Modelo de Estado*

El artículo primero de la Constitución de la República establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, y vale explicar, aunque sea de modo general, la noción de este término y su influencia con relación a la igualdad, por lo que me permito hacer alusión a un análisis de Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau (Martínez Dalmau & Viciano Pastor, 2010), quienes hacen una distinción entre neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano.

El surgimiento del neoconstitucionalismo es consecuencia y respuesta a los sistemas jurídicos fascistas, caracterizados por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos que se dieron en países como Alemania, Italia y España (Ávila Santamaría, 2011), por lo que se remonta a las constituciones surgidas, a partir de la década de los setenta, “que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”, cuya corriente se interesará de la teoría del derecho, que de la teoría constitucional, dejando un poco de lado, la legitimidad democrática, al ser la pretensión, dar mayor realce a los derechos desde el punto de vista constitucional, tomando a los principios como criterios de interpretación, en constituciones dotadas de un extenso catálogo de derechos, en las que la interpretación y aplicación de normas constitucionales no es igual a las legales.

El nuevo constitucionalismo, en cambio, es más completo que el neoconstitucionalismo, preocupándose no sólo de la dimensión jurídica de la Constitución, sino de la legitimidad democrática, que es de naturaleza extrajurídica y reside en el pueblo; esta corriente defiende que el contenido de la Constitución sea coherente con el de su fundamentación democrática.

Surge así el nuevo constitucionalismo latinoamericano, que tiene como un punto a alcanzar, la solución de la desigualdad social, ante el retraso de la consideración de factores sociales en las constituciones latinoamericanas, pero eso sí, debe considerarse lo manifestado por Martínez y Viciano (Martínez Dalmau & Viciano Pastor, 2010, pág. 21), quienes estiman que el Ecuador ha sido más evolucionado, en la tendencia. Para referirse a este tema, Ramiro Ávila, usa la terminología de neoconstitucionalismo andino, recalcando que el neoconstitucionalismo es trascendente para nuestro sistema, no obstante aclarar que el Estado neoconstitucional no debe ni puede resolver el problema andino, por lo que debe ser complementado, en consideración a la historia andina, caracterizada por el colonialismo y la diversidad cultural existente.

Se desprende de lo dicho, que el modelo de Estado que ostenta el Ecuador, tiene como propósito, un mayor intervencionismo estatal en cuanto a la materialidad de los derechos, que efectivamente deben ser garantizados, y no sólo respetados, por ser innatos a la dignidad del ser humano, siendo obligación del Estado, su intervención, en los distintos ámbitos, que permitan el efectivo alcance de los derechos, como en el caso de la igualdad, que en la nueva Constitución no es considerada sólo como igualdad formal, sino también como igualdad material.

3.2. La igualdad en la Constitución vigente

La igualdad formal le es insuficiente al nuevo modelo de Estado, siendo necesario que se complemente, no sólo con un concepto de igualdad como no discriminación, sino de igualdad real, que exige un trato diferenciado, con el fin de que un trato igualitario no lleve a desigualdades reales, conforme lo plantea la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Salgado, 2009):

El sistema interamericano [...] avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias

que afectan a un grupo desventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho.

El Ecuador, en consecuencia, toma esta perspectiva, estableciendo las pautas necesarias en el numeral 2 del artículo 11, dentro del título de los derechos, en el capítulo primero, referente a los principios de aplicación de los derechos⁵, al considerar a la igualdad y la no discriminación como principios, que son de inmediata aplicación bajo cualquier condición, al igual que como derechos, en el artículo 66, que reconoce y garantiza a las personas, en el numeral 4, el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

El sistema adoptado por el Ecuador, “Estado constitucional de derechos”, es bastante amplio al establecer una garantía de equiparación de las desigualdades, que permite aceptar el hecho de que las personas somos iguales en todos los derechos que tienen que ver con nuestras diferentes identidades, como manifiesta Ferrajoli (Salgado, 2009, pág. 153), teniendo como lo establece De Sousa Santos (Salgado, 2009, pág. 140) el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza.

Nuestra Constitución, efectivamente establece reglas relativas al principio, a fin de evitar vacíos, con un alto intervencionismo estatal que procura garantizar los derechos a todos, y en todos los ámbitos, estableciendo disposiciones relativas a educación, salud, seguridad social, género, trabajo, etnia, familia, etc.; así, respecto a la educación se garantiza su acceso universal, permanencia, movilidad y egreso, sin discriminación alguna en el nivel inicial, básico y bachillerato, estableciéndose, expresamente, que la educación pública es universal y laica; garantizándose la libertad de enseñanza y de cátedra, en educación superior, además de establecer el

⁵Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

Nadie podrá ser discriminado por razones de 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 cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

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

derecho de las personas a aprender en su propia lengua y ámbito cultural, conforme la lectura de los artículos 28 y 29 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Se presenta una situación novedosa en cuanto al derecho a la seguridad social, al disponer, el artículo 34, sobre este derecho irrenunciable, que el Estado debe garantizar y hacer efectivo el ejercicio de este derecho, al incluirse a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, todo trabajo autónomo y a quienes se encuentren en situación de desempleo.

Correlativamente a la seguridad social, también para el ámbito laboral, se establecen normas de igualdad, como la contenida en el artículo 331, que presenta un carácter inclusivo en favor de las mujeres, a quienes el Estado garantiza igualdad en el acceso a empleo, formación y promoción laboral y profesional, remuneración equitativa, iniciativa de trabajo autónomo, siendo deber del Estado adaptar medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia directa o indirecta que afecte a las mujeres en el trabajo, medida concordante con la establecida en el artículo 70 que obliga al Estado la formulación y ejecución de políticas que alcancen la igualdad entre mujeres y hombres (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En el ámbito laboral, también se garantizan los derechos reproductivos de las personas, otorgándose al varón la licencia por paternidad, y a la mujer embarazada, que forma parte de un grupo de atención prioritaria, conforme el artículo 35, el derecho de maternidad y de lactancia, sin que sean estos los únicos derechos de la mujer embarazada, quien además, tiene protección en el plano educativo y social, yes beneficiaria de atención gratuita en salud materna, atención prioritaria y cuidado de su salud integral y vida, durante el embarazo, parto y posparto, conforme se encuentra establecido en los artículos 43, 332 y 363 numeral 6 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Se reconocen los derechos de las comunidades pueblos y nacionalidades, ante la diversidad cultural que alberga el Ecuador plurinacional, que no busca excluir la diversidad cultural, sino incluirla, al reconocer derechos a favor de etnias y colectivos, como se lo hace en el numeral 10 del artículo 57, que otorga a los

indígenas, el derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, sin que se admita la vulneración de derechos constitucionales; debiendo destacarse, que el reconocimiento que hace esta norma, abarca a un Estado pluricultural, como intercultural y plurinacional, que incluye a quince nacionalidades distintas, cada una con su propia cultura, gobierno, sistema jurídico, económico y todo el complejo sistema de vida de los pueblos (Pérez Guartambel, 2010).

De igual forma, el artículo 58 reconoce al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, habiéndose beneficiado este grupo, en tal razón, con la expedición del Decreto 60 del 28 de septiembre del 2009, por el cual el Presidente Rafael Correa, aprueba el Plan Nacional contra el Racismo, Discriminación Racial, la Xenofobia y formas conexas de Intolerancia; además de que se ha dispuesto la adopción de políticas laborales, que aceleren las condiciones de igualdad de sectores históricamente marginados, para generar oportunidades de trabajo sin discriminación, correspondiéndole al Ministerio de Relaciones Laborales, hacer un seguimiento de este tema (Antón Sánchez, Jhon, 2010).

El capítulo tercero del Título II, en el artículo 35, da la categoría de atención prioritaria a ciertos grupos: los adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad, que adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, personas en situación de riesgo, víctimas de violencia sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos, y personas en condición de doble vulnerabilidad.

Se da esta categorización como clave de diversidad, que supone la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, por un trato diferenciado que pretende una igualdad real, a través de normas y medidas de acción afirmativa (Salgado, 2009), al ser reglas que regulan el principio, para un desarrollo equilibrado de tales grupos.

Adultos mayores. Los artículos 36 y 37 regulan varios aspectos a favor de este grupo, como la atención gratuita y especializada de salud, acceso gratuito a

medicinas, trabajo remunerado en función de sus capacidades, la jubilación universal, rebajas en los servicios públicos y privados de transporte y espectáculos, exenciones en el régimen tributario, exoneración del pago por costos notariales y registrales y el acceso a una vivienda que asegure su vida digna (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El artículo 38 impone al Estado, considerar las diferencias entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades en las políticas públicas dirigidas a los adultos mayores, buscando fomentar su autonomía personal y participación en la definición de las políticas que los afecten; y así también establece una serie de mediadas en su favor como la inclusión laboral, el procurar su autonomía personal, la protección contra todo tipo de violencia, atención preferente ante determinadas circunstancias, régimen especial en caso de privación de libertad, protección especial ante enfermedades crónicas o degenerativas, asistencia económica y psicológica que garantice su salud física y mental, sanciones a su abandono, por parte de familiares o instituciones a cargo de su protección (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Jóvenes. Se los incluye como grupo de atención prioritaria, en la norma del artículo 39, que busca su participación en todos los ámbitos, en particular del espacio público, garantizando su educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación, y tomándose medidas inclusivas, como el acceso al primer empleo y la promoción de habilidades de emprendimiento (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Movilidad humana. Se desarrolla en la Constitución este derecho a movilizarse, como algo nuevo, pero que ya tuvo su reconocimiento en la Carta Magna de Juan sin Tierra, en 1215, aunque no con el contenido de hoy, sino con el de la época del reino, que en el artículo 42 facultaba a los hombres ir y volver del reino, manteniendo su vínculo de fidelidad, excepto a quienes se movilizaban en época de guerra, o habían sido excarceladas o sido puestas fuera de la ley (Sánchez Zuraty, 2009).

Se trata de un derecho de inclusión, necesario y válido, en un país como el Ecuador, afectado por el fenómeno migratorio, y el artículo 40 no identifica ni considera a ningún ser humano como ilegal, debido a su condición migratoria, garantizando así la oferta de asistencia tanto a emigrantes ecuatorianos como a sus familias, que estén en el Ecuador o el exterior; la tutela de sus derechos, en caso de privación de libertad, en el exterior; facilitar los vínculos con el Ecuador y estimular el retorno voluntario de los emigrantes; la protección de las familias transnacionales y sus miembros.

No se considera ser humano ilegal, por su condición migratoria, a nadie, hablese de ecuatorianos en el exterior, refugiados, asilados y desplazados en el Ecuador; y respecto de los refugiados, no está por demás, hacer alusión a la situación de los colombianos que se encuentran en el Ecuador en tal calidad, pues el Estado ecuatoriano ha brindado protección internacional de decenas de miles de personas refugiadas, habiendo implementado como política pública en el año 2009 el Registro Ampliado, que permitió, por medio de la Dirección General de Refugiados, llegar a los lugares más remotos de la frontera norte, lográndose así, reconocer y documentar a decenas de miles de personas colombianas, la calidad de refugiado, y de quienes ahora el Estado debe preocuparse de brindarles integración local, ante la persistencia del conflicto armado, que impide el retorno de este grupo a su país de origen (Herrerros, Josep; Varese, Luis; 2009).

Niños, niñas y adolescentes. Conforme las normas de los artículos 44 a 46, se atenderá su interés superior, prevaleciendo sus derechos sobre los de las demás personas, gozando de los derechos comunes al ser humano, como de los específicos de su edad; tienen derecho a integridad física y psíquica; a su identidad, nombre ciudadanía, salud integral y nutrición, educación, cultura, deporte, recreación, seguridad social, a una familia, disfrute de la convivencia familiar y comunitaria, participación social, respeto de su libertad y dignidad, a ser consultados en los asuntos que los afecten, a educarse en su idioma y contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades, a recibir información sobre sus progenitores, salvo que fuera perjudicial para su bienestar, debiendo garantizar el Estado su libertad de expresión y asociación (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Es necesaria la adopción de medidas a su favor, como atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación, cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos; protección contra cualquier tipo de explotación laboral o económica; que se les permita trabajar a los mayores de quince años, cuando no conculque su derecho a la educación, ni sea una situación peligrosa para su salud o desarrollo personal; atención preferente cuando tengan discapacidad, debiendo garantizar el Estado su incorporación en el sistema de educación regular y la sociedad; protección contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier índole o negligencia que provoque tales situaciones; prevención del consumo de estupefacientes, psicotrópicos, bebidas alcohólicas o nocivas para su salud y desarrollo; atención prioritaria en caso de desastres conflictos armados o cualquier emergencia; protección frente a programas o mensajes difundidos por cualquier medio que promueva la violencia, discriminación racial o de género; asistencia especial ante la privación de libertad de uno o sus dos progenitores; protección, cuidado y asistencia cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Personas con discapacidad. Respecto al tema, cabe hacer relación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, creada en el año 2006, la cual tiene como propósito, promover, proteger y asegurar la igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales, en favor de las personas con discapacidad, en virtud de la adaptación de las normas pertinentes de derechos humanos, por lo que deben establecerse derechos específicos en favor de este grupo, lo que no implica la creación de nuevos derechos, sino el asegurar la efectividad del principio de no discriminación de los derechos humanos, en igualdad de oportunidades, para las personas con discapacidad (Palacios, Agustina, 2010);

Nuestra Constitución, efectivamente, en el artículo 47 reconoce, entre otros derechos específicos en favor de este grupo, atención especializada en las entidades públicas y privadas de salud, rehabilitación integral y asistencia permanente, trabajo en igualdad de oportunidades, el fomento de sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas, vivienda adecuada, con facilidades de acceso y condiciones que permitan atender su discapacidad, procuración del mayor grado de autonomía en su vida

cotidiana, educación que permita desarrollar sus potencialidades y habilidades para la integración y participación en igualdad de condiciones, debiendo dar los planteles regulares, trato diferenciado y los de atención especial, educación especializada, acceso a todos los bienes y servicios, eliminación de barreras arquitectónicas; métodos alternativos de comunicación como el lenguaje braille, etc. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Mientras que el artículo 48 establece medidas a ser tomadas por el Estado, entre otras, la inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados, coordinados, que fomenten su participación política, social, cultural, educativa y económica; la participación política, que asegure su representación; el establecimiento de programas especializados para la atención integral de las personas con discapacidad severa y profunda, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, el fomento de su autonomía y la disminución de la dependencia; y, la garantía del pleno ejercicio de sus derechos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Personas con enfermedades catastróficas. El artículo 50 manda que el Estado garantice a quienes sufran de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Personas privadas de la libertad. Se reconocen como derechos a su favor, en el artículo 51: que no pueden ser sometidas a aislamiento, como sanción disciplinarias; derecho a comunicación y visitas de familiares y profesionales del derecho; a declarar, ante autoridad judicial, sobre el trato recibido durante la privación de libertad; a contar con recursos que garanticen su salud integral, atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas; a recibir trato preferente y especializado las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, así como los adolescentes, los adultos mayores, quienes estén enfermos o con tengan discapacidad; a que se tomen medidas para las niñas, niños y adolescentes o adultos mayores, que estén bajo su cuidado (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Como se puede ver, se asignan situaciones específicas en cuanto a los derechos de las personas, por los factores narrados, sin embargo, como bien lo dice Judith Salgado, tras haberse catalogado como grupo de atención prioritaria a las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos, no se establecen derechos específicos ni se desarrollan normas como de los demás grupos.

Finalmente, no se puede dejar de lado, conforme los artículos 156 y 157, la inclusión de los Consejos Nacionales de Igualdad, como órganos responsables de asegurar la vigencia y pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, cuya atribución es la formulación, la transversalización, observancia y seguimiento de las políticas públicas relacionadas a temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, de discapacidad y de movilidad humana, de acuerdo con la ley.

3.3. Relación a las medidas de acción afirmativa

Silvia Vega Ugalde (Vega Ugalde, 2008), cuando analizaba el proyecto de la nueva Constitución, destaca el hecho de que de la misma sobresale el reconocimiento de las diferencias reales que existen entre las personas y grupos de ecuatorianos, lo que vuelve más tangible y realista el reconocimiento de la igualdad de todos, partiendo del hecho de que la igualdad no es automática ni abstracta, sino debe ser asegurada por medidas de acción afirmativa que se las menciona en varios pasajes, como lo hace el artículo 11 numeral 2, al determinar expresamente su aplicación. Judith Salgado manifiesta que se deben tomar en cuenta los elementos de tales medidas (Salgado, 2009):

La existencia de una desigualdad real, que impida la realización de igualdad de oportunidades de un grupo específico frente al resto;

La relación entre la desigualdad y la pertenencia a un determinado grupo social;

La contextualización de las medidas, cuyo contenido depende de las circunstancias y el caso;

El carácter temporal de las medidas hasta alcanzar la igualdad real;

La racionalidad, proporcionalidad y coherencia de las medidas con el principio de igualdad material.

Los elementos citados han de ser los que se consideren para la aplicación de las medidas, sin que se puedan aplicar antojadizamente, por la repercusión social que puede llegar a tener, pues si bien se trata de igualar la posición en la que se encuentran determinados grupos, tales medidas no pueden ser eternas, sino se han de sujetar al factor tiempo hasta que se subsane el problema de desigualdad social, y hay que considerar que no todas las medidas tienen el mismo alcance, pues unas pueden ser más o menos agresivas que otras, según el tipo de medida de que se trate, porque existen varias, citando María José Añón (Salgado, 2009), algunas de ellas:

Medidas de concienciación que tienen la finalidad de sensibilizar a la opinión pública, como campañas publicitarias contra la discriminación por raza, género, discapacidad u otras.

Medidas de promoción de la igualdad, que pueden darse a través de la eliminación de lenguaje sexista o racista en textos de educación.

Medidas de discriminación positiva, que se dan a través del sistema de cuotas, como quedó establecido en el capítulo primero.

Medidas de trato preferencial, aquellas que partiendo de un punto semejante, dan prioridad a quien pertenece a un grupo desventajado en el contexto específico que se aplica.

Como se puede ver, las dos primeras medidas, son tolerables para el destinatario, a diferencia de las últimas que son directas y agresivas al destinatario, pero quizá, más efectivas, aunque pueden llegar a constituir un abuso si no cumplen su fin, o si cumpliéndolo se perennizan en el tiempo. Además, se debe considerar que las medidas de igualación que se tomen, pueden llegar a generar resultados no esperados, como discriminaciones en contra de otros colectivos, o no alcanzar la igualdad para el propio beneficiario del derecho.

Respecto a esto último debe considerarse una cita de Michel Rosenfeld (Carbonell Sánchez, Miguel, 2010, pág. 95) quien trae a colación dos ejemplos: 1. Que los homosexuales, en búsqueda de un derecho igual a tener sexo consensuado

pueden, sin quererlo, avanzar pretensiones similares de aquellos que desean tener relaciones sexuales incestuosas o relaciones sadomasoquistas consensuadas; y, 2. Que las mujeres que enfatizan en las diferencias de los sexos, en búsqueda de un derecho a un puesto de trabajo que se adapta mejor a sus necesidades y aspiraciones, pueden, sin saberlo, estar proporcionando más argumentos a aquellos que pretenden explotar las diferencias basadas en el sexo para subordinar a las mujeres, generándose en tal caso una discriminación indirecta, por los resultados (Salgado, 2009).

3.4. *Razonamiento final*

El tema de la igualdad en la Constitución vigente es transversal a lo largo del andamiaje constitucional, al verse regulada como principio y como derecho, tras encontrarse desarrollado el principio en varias normas, por medio de las cuales se busca igualar las diferencias sociales, en base a la pretendida igualdad real.

Respecto a la discriminación, constan varias categorías sospechosas, entendiéndose por tales, conforme la Corte Constitucional Colombiana (Salgado, 2009), las “(i)...que se fundan en rasgos permanentes de las personas de los cuales estos no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y (iii) no constituyen *per se*, criterios con base a los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto nacional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”; pudiendo destacarse, en la Carta del Ecuador, a la discriminación por razones de sexo o condición socio-económica, por ejemplo, las cuales a pesar de haber sido superadas, aparentemente en la sociedad, de eliminarse la protección asignada, son blanco fácil de discriminación, que como se ha establecido en el capítulo inicial de esta monografía no es un factor jurídico, sino social.

El alcance del artículo 11 numeral 2 es amplio, al impedirse la discriminación por varios factores determinados en la norma, pero no excluyentes de otros, tal como se dispone en la citada norma: “no cabe discriminación (...) ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”.

El derecho constitucional a la igualdad, en base los principios de aplicación de los derechos, es de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, sin que se puedan exigir para su respeto, condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, ni se pueda alegar la falta de norma para justificar su desconocimiento. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La diversidad de normas que constan en el texto constitucional, relativos a la igualdad no son conceptos vacíos de contenido, sino respuestas válidas para la sociedad, que de no encontrarse reguladas como lo están, darían paso a situaciones de desigualdad innecesarias que implicarían un retroceso, en virtud de que el Estado, hoy debe buscar la forma de dar un trato igual o diferente, según el caso, para conseguir un trato igualitario.

Es necesario, para aplicar las diferencias de trato, que considera la Constitución, el modelo de sujeto base que no merece trato preferencial en la sociedad ecuatoriana, este es una persona adulta, sin discapacidades, que no sufre enfermedades catastróficas, no se embaraza ni está privado de la libertad, no ha emigrado ni voluntaria ni forzosamente, etc. (Salgado, 2009).

Es decir, que la igualdad, es una respuesta válida para la sociedad, al estar regulada como principio y como derecho, lo cual garantiza una protección férrea por parte del Estado, que a toda costa debe evitar la arbitrariedad y la distinción discriminatoria entre los miembros del conglomerado social.

CONCLUSIONES

Resultan positivas las luchas suscitadas, en torno a la desigualdad, en el siglo XVIII, porque las mismas motivaron la implementación de la igualdad de oportunidades, y el ejercicio del derecho a la diferencia natural de cada individuo, siendo el papel de la igualdad, equilibrar las cargas atribuidas a cada sujeto, según sus circunstancias, debiendo tomarse en cuenta, para tal fin, que el parámetro de la igualdad es la relación entre dos o más personas, sujetas a criterios normativos de relevancia, mas no a criterios arbitrarios.

La evolución del principio nos ha llevado a la búsqueda de la igualdad sustancial, que admite incluso, dar un trato diferente a determinados grupos que no pueden ser tratados igual que el resto, en virtud de que ello llevaría a la desigualdad, por lo que hoy es válida la intervención del Estado, para equilibrar determinadas situaciones, en virtud de que su inacción, lo constituiría en partidario de la desigualdad.

Para equilibrar la situación de los individuos, ante la necesaria intervención del Estado, se implementan las llamadas medidas de acción positiva, que tienen como propósito alcanzar la igualdad material, considerando eso sí, que tales medidas deben aplicarse cuando sean estrictamente necesarias, y temporalmente, porque de lo contrario se caería en una sobreprotección, que contrariaría el fin de equiparación.

No cualquier grupo social, puede ser beneficiario de las medidas de acción positiva, sino que debe cumplir ciertos parámetros sociales, que demuestren que efectivamente el grupo está socialmente arraigado a factores de discriminación. Se implementa como medida de acción afirmativa, la discriminación inversa, a través de la cual se dan privilegios de cuotas, para favorecer a grupos socialmente desventajados en el acceso a determinados cargos, otorgándose cierta ventaja al grupo beneficiario, con relación al resto de la sociedad; sin embargo, hay que considerar que los privilegios, también pueden ocasionar, discriminación indirecta, la cual con apariencia de legítima, produce resultados adversos a la igualdad.

Respecto a la discriminación, hay que tener claro, que ésta no es lo mismo que la diferencia, porque la discriminación es un problema social que implica odio hacia un grupo, al cual se lo considera, arbitrariamente inferior, siendo obligación del Estado, ante este problema social, intervenir cuando suscite este conflicto, bien en el ámbito público, o bien en el ámbito privado, en virtud de que no se puede tolerar una práctica discriminatoria, que lesione un derecho fundamental, como el de la igualdad.

En el caso del Ecuador, partiendo desde la República, ha tenido hasta la fecha diez y nueve Constituciones, lo que ha traído consigo crisis social, así como avances y retrocesos en torno al tema de la igualdad, debiendo considerarse que desde 1830 figuraba en la primera Constitución, la igualdad formal; no sin dejar de lado que las primeras Cartas incluyeron restricciones económicas, relativas al ejercicio de la democracia, las cuales se superan definitivamente en 1883, no así las restricciones de género, por las cuales no se daba a la mujer el mismo trato que al varón, implementándose en 1929, la primera norma relativa al reconocimiento de la ciudadanía de la mujer.

En 1946, como en 1967, en las Constituciones, ya existe una consideración a las minorías, además de que en 1967 se incluye, a parte de la igualdad ante la ley, la referencia expresa de los factores de discriminación arraigados históricamente, prohibiéndose todo trato arbitrario e injusto, siendo además el motor de lo que fue la eliminación total de las barreras de género en la legislación, al reconocerse a la mujer, su capacidad jurídica y por ende su autonomía, en relación a toda materia, civil, laboral, comercial, etc.

La Constitución de 1998 presenta cuestiones más avanzadas, inspirada en la no discriminación por varios factores, en virtud de los cuales se pueda lesionar la esfera de la dignidad de las personas, a través de un trato vejatorio, además de que trae consigo la implementación de un nuevo modelo de Estado, como Social de Derecho, adquiriendo el Estado un papel de intervencionismo en las distintas relaciones, a fin de evitar la desigualdad material de los miembros de la sociedad.

En el año 2008, el modelo de Estado, cambia al denominado Estado constitucional de derechos, como resultado de la tendencia del nuevo

constitucionalismo, cuyo propósito es garantizar la dimensión jurídica de la Constitución, y no solo la legitimidad democrática, siendo los derechos fundamentales el fin inmediato del Estado.

Entre los derechos fundamentales, figura la igualdad, regulada no sólo como derecho, sino también como principio de aplicación de los derechos, por lo que se establecen una serie de normas relativas al efectivo respeto de la igualdad; además de reconocerse atención prioritaria, a determinados grupos que requieren medidas diferenciadoras específicas de equiparación, para alcanzar la igualdad, en virtud del derecho al desarrollo de la diferencia; así como también se reconoce expresamente la adopción de medidas de acción afirmativa, que permitan alcanzar la igualdad material.

Por lo expuesto, considerando el tratamiento de la igualdad, contenido en la Constitución vigente, resulta lógico dejar sentado que la regulación de la igualdad en nuestra Carta constitucional, es una respuesta válida a la sociedad, que alberga a una diversidad de personas y colectivos.

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar de Luque, Luis;. (2004). *Los Derechos Fundamentales*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Antón Sánchez, Jhon;. (2010). *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos / Neoconstitucionalismo y Sociedad.
- Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador / El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya - Yala.
- Barragán Romero, G. (2007). *El Constitucionalismo y la Nueva Constitución*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Carbonell Sánchez, Miguel;. (2010). *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Editora Nacional.
- Carbonell, M. (2003). *El principio constitucional de igualdad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Cisneros Pazmiño, C., Dueñas Ibarra, J., Larrea Holguín, J., & Troya Mena, M. (2007). *Constituciones Ecuatorianas* (Vol. Tomo I). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cisneros Pazmiño, Carlos; Dueñas Ibarra, José; Larrea Holguín, Juan; Troya Mena, Mauricio. (2007). *Constituciones Ecuatorianas* (Vol. Tomo II). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Comanducci, P. (2010). *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica / Ensayos de Teoría Analítica del Derecho*. Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Asamblea Constituyente.
- Constitución Política de la República del Ecuador. (2000). *Constitución política de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Entrena Vásquez, Luz;. (2005). *Derechos y Libertades*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Herreros, Josep; Varese, Luis;. (mayo de 2009). *Avances y retos de los derechos de las personas con necesidad de protección internacional en el Ecuador*. (U. A. Bolívar, Ed.) Ecuador.
- Larrea Holguín, J. (2004). *Derecho constitucional ecuatoriano* (Vol. 1). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea Holguín, J., & Tobar Donoso, J. (1981). *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Martínez Dalmau, R., & Viciano Pastor, R. (2010). *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Martínez Estrada, A. (2010). *Historia Universal 2º Bachillerato*. Quito: Maya Ediciones.
- Palacios, Agustina;. (2010). *Igualdad y no discriminación*. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos / Neoconstitucionalismo y Sociedad.
- Pérez Guartambel, C. (2010). *Justicia Indígena*. Cuenca: Universidad de Cuenca / Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE / ECUARUNARI.
- Pérez Royo, J. (2002). *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Pisarello, G. (2011). *Un largo Termidor / Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Salgado, J. (2009). *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Sánchez Zuraty, M. (2009). *Derecho Constitucional Ecuatoriano en el Siglo XXI*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Trujillo, Julio César;. (2004). *Constitución y Pluralismo Jurídico*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Vega Ugalde, S. (2008). *Análisis Nueva Constitución*. Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.
- Závala Egas, J. (1999). *Derecho Constitucional (Vol. Tomo I)*. Guayaquil: EDINO.