



Universidad del Azuay

Escuela de Posgrados

“La acción afirmativa y el principio de igualdad ante la Ley”

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de especialista en
Derecho Constitucional**

Autor: Gabriela Auquilla Cuesta

Director: Dr. Esteban Segarra Coello

Cuenca, Ecuador

2011

DEDICATORIA

Este trabajo llevó mucho empeño y dedicación, es por esto que quiero dedicarles esto a mis padres y hermano por su constante apoyo y motivación. Gracias a ellos he podido encaminarme hacia las metas conseguidas hasta el momento. Muchas gracias.

A mi familia, por siempre estar pendiente y ser un soporte más en mi vida.

También quiero dedicar este trabajo a mis amigos, personas que son incondicionales en la vida de todo ser humano. Gracias por sus palabras de aliento, por su comprensión y cariño.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer de manera especial al Doctor Esteban Segarra por brindarme su ayuda y apoyo en la realización de este trabajo. También quiero hacer extensivo mi agradecimiento a los profesores de la Especialización en Derecho Constitucional, personas que han sido capaces de transmitirnos sus conocimientos. Gracias por ayudarnos en nuestro constante afán de superación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA _____	ii
AGRADECIMIENTO _____	ii
ÍNDICE DE CONTENIDOS _____	iii
RESUMEN _____	iv
ABSTRACT _____	iv
INTRODUCCIÓN _____	1
CAPITULO I. LA ACCION AFIRMATIVA: DEFINICIÓN _____	2
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY: ANÁLISIS _____	4
TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL TEMA _____	7
CAPÍTULO 2 ANÁLISIS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DISCRIMIDAS _____	12
REFERENCIA AL HECHO QUE MARCO LA PRIMERA ACCION AFIRMATIVA A NIVEL MUNDIAL _____	17
DIFERENCIAS ENTRE ACCION AFIRMATIVA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY _____	21
CAPÍTULO 3 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA ACCION AFIRMATIVA _____	25
DERECHOS DE LOS GRUPOS VULNERABLES SEGÚN LA CONSTITUCION _____	27
ANÁLISIS DE CASOS SOBRE LA APLICACIÓN DE ACCIONES AFIRMATIVAS _____	34
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES _____	38
BIBLIOGRAFIA _____	40

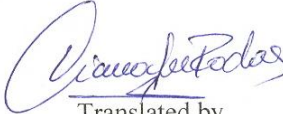
RESUMEN

La nueva Constitución ha creado una serie de mecanismos y garantías para el reconocimiento y goce de los derechos fundamentales de las personas. Lamentablemente no todos tenemos los mismos derechos y oportunidades a pesar de que la Constitución señala que todos somos iguales ante la ley. Históricamente han existido personas o grupos de personas que han sido víctimas de discriminación y por lo tanto sus derechos no han sido respetados; es por esto que con la evolución del Estado ha sido preciso brindar una atención prioritaria y diferenciada dichas personas. Es por esto que una innovación de la Constitución del 2008 es el reconocimiento de acciones afirmativas. Estas acciones tienen un fundamento y necesidad pero, no se puede descuidar e ir en contra del Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley.

ABSTRACT

The new Constitution has created a series of mechanisms and warranties that acknowledge the fundamental human rights. Unfortunately, not everyone has the same rights and opportunities in spite of the fact that the Constitution affirms that we are all equal before the law. Historically, there have been people or groups of people that have been victims of discrimination and therefore their rights have been violated; for these reasons, with the development of the State, it is necessary to provide priority and differentiated attention to these people. That is why the recognition of affirmative actions is an innovation of the 2008 Constitution. These actions have a fundament and are necessary but the Constitutional Principle of Equality before the Law must be respected.


UNIVERSIDAD DEL
AZUAY
DPTO. IDIOMAS


Translated by,
Diana Lee Rodas

INTRODUCCIÓN

En las Constituciones se reconoce el Principio de que todos somos iguales ante la ley; pero en la práctica no ha sido así. Las diferencias han sido muy marcadas permitiendo que se incremente la discriminación y la perspectiva un trato igualitario ha ido descendiendo. Es por este motivo que los grupos sociales que han sido víctimas durante siglos del abuso del poder y por ende de la segregación por cualquier condición; han promovido y fomentado una lucha por el reconocimiento de sus derechos y un trato igualitario.

El problema que se ha presentado es que vivimos en una sociedad que discrimina por el sexo, estatus social, raza, religión, discapacidad o cualquier otra condición y, precisamente por este motivo se ha perdido la confianza de los miembros de los grupos discriminados pues no se les permite tener una vida digna tal como lo manda la Constitución de la República.

Por lo tanto, para eliminar las desigualdades y conseguir un trato diferenciado e igualitario, el legislador ha visto la necesidad de crear medidas de acción afirmativa. Es por esto que la normativa actual reconoce como deber del Estado la implementación y creación de estos mecanismos para eliminar la discriminación.

Para aplicar el principio de igualdad ante la ley y brindar un trato igualitario a todas las personas, la Constitución regula y reconoce garantías para la protección de los derechos fundamentales y, brinda una protección especial para los grupos de atención prioritaria, con la introducción de nuevas categorías que cubren varios aspectos que puede ser fácilmente sujetos a discriminación.

Es importante analizar cuál es la finalidad que tienen estas acciones afirmativas, la forma de aplicar las mismas en la práctica así como también la relación que guardan estos mecanismos con el principio de igualdad ante la ley para garantizar una vida digna y el buen vivir.

CAPITULO I. LA ACCION AFIRMATIVA: DEFINICIÓN

A lo largo de la historia, la lucha constante de los diversos sectores discriminados ha generado la inminente necesidad de un estudio y análisis de los factores que han originado dicha segregación en todos y cada uno de los sectores que son parte de la vida en sociedad.

Debido a los sucesos que marcan la diferencia entre clases sociales, géneros, razas, etc., con el paso de los años se ha evidenciado una marcada lucha por parte de los grupos discriminados, esto con la finalidad de hacerse respetar y hacer valer sus derechos, puesto que según la Constitución, todos somos iguales ante la ley.

Por lo tanto, para entrar al tema que nos compete con la realización de la presente monografía, es importante analizar y definir exactamente de qué se trata la innovación de la Constitución del 2008 con la creación de rango constitucional de esta Institución llamada acción afirmativa o discriminación positiva.

La acción afirmativa es un término que se utiliza para definir a una acción que busca establecer políticas para que un determinado grupo social, étnico, minoritario o que a lo largo de la historia sufrió discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso o distribución de ciertos recursos o servicio o en el acceso a bienes.

Indudablemente estas acciones tienen un objetivo o una finalidad, la misma que podemos relacionar con el hecho de mejorar, no sólo la calidad de vida de los grupos desfavorecidos y compensarlos por los perjuicios o la discriminación de la que han sido víctimas, sino también con la meta de permitir y garantizar un trato no diferenciado, es decir que todos, sin distinción alguna, gocemos de los mismo derechos y oportunidades.

El término acción afirmativa hace referencia a aquellas actuaciones como medidas legales, administrativas, prácticas, que van dirigidas a reducir toda

práctica discriminatoria; pero, analizando toda la evolución y cambio que genera la corriente del Neoconstitucionalismo, las acciones afirmativas, a parte de reducir, buscan eliminar estas actuaciones discriminatorias, como es el caso de las mujeres, niños y personas discapacitadas.

Personalmente, considero que estas acciones son un gran avance dentro de nuestro ordenamiento jurídico ya que, somos parte de una sociedad que constantemente experimenta cambios, por lo tanto, no podemos quedarnos estancados y no participar de dichos cambios; es más, debemos ser sujetos activos y estar al tanto de las situaciones que permiten brindar un trato diferenciado, pero de manera positiva, es decir, de manera que los grupos que han sido discriminados, segregados o apartados, gocen de una mejor representación y un tratamiento especial.

En la obra "Igualdad y no discriminación. El Reto de la diversidad", los autores Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, citan a su vez al autor Roberto Saba, quien explica lo siguiente: "...el principio de no discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no nos provee de suficientes herramientas para decidir en una gran cantidad de casos en los que las diferencias de hecho entre las personas, y en particular las diferencias que surgen a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por el visión de igualdad. Uno de los desafíos más complejo que en este sentido enfrenta la interpretación individualista de la igualdad ante la ley está dado por el establecimiento de acciones afirmativas o también demonizadas "medidas de discriminación inversas". Las acciones afirmativas se corresponden con un "trato (estatal) diferente" fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de otros grupos".

Jorge Zavala Egas en su obra "Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica" indica que entre los

derechos existen los llamados de protección, donde se comprenden todos aquellos cuyo fin último es precautelar, amparar o tutelar todos los demás derechos civiles, políticos, sociales y económicos que la Constitución reconoce o cualquier otro derecho infraconstitucional. Se trata de derechos igualmente, con la diferencia que los de protección son creados para instrumentar la defensa de los demás derechos, se trata de aquellos que se exigen sean cumplidos por los jueces y autoridades administrativas, a efectos de amparar los demás¹.

Esto quiere decir que cuando un derecho subjetivo, del cual somos titulares y es reconocido por el ordenamiento jurídico, es afectado de una u otra forma, podemos exigir los derechos de protección mediante los diversos mecanismos de protección que han sido creados por el sistema para la protección y resarcimiento de los derechos fundamentales.

Está claro que uno de estos mecanismos es la acción afirmativa o la llamada discriminación positiva pues, gracias a la implementación de dichas medidas, se han hecho efectivos los derechos de varios sectores o grupos de personas que han sido discriminados a la largo de la historia y, ventajosamente ahora todos gozamos de los mismos derechos y oportunidades; incluso, desde mi punto de vista, hasta llegar a una completa igualdad, no sólo en la teoría sino en la práctica, es preciso que sigan analizándose las situación de desigualdad para la implementación de ciertas acciones afirmativas, esto con la finalidad de lograr una igualdad real.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY: ANÁLISIS

En primer lugar, es necesario indicar distintas acepciones de la igualdad, así, es preciso nombrar al autor Rodrigo Borja Cevallos, quien señala en su obra "Enciclopedia de la Política" que la igualdad empieza por describir a las personas como seres equivalentes y sigue por darles las mismas oportunidades ante la vida. Los estoicos de la antigua Grecia afirmaron la igualdad fundamental de los hombres, en contraste con la creencia de

¹ Zavala Egas, Jorge "Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica" Edilex S.A. Editores, p. 304 y 305.

Aristóteles en la existencia de seres humanos destinados a ser "esclavos natos". Todas las declaraciones de derechos clásicas parten del principio de que "los hombres nacen iguales". Esto se refiere al hecho de que no tienen por qué sufrir discriminación alguna o un trato diferenciado en virtud de cualquier condición.

Señala también el Autor citado que esto, históricamente, ha costado mucho, pues en la práctica, los seres humanos nos beneficiamos o perjudicamos con las diferencias desde que nacemos; pues llegamos al mundo con diferencias de propiedad, de clases social, educación, aptitudes, raza, sexo, etc. Así, señala que la igualdad es una condición para la existencia efectiva de la libertad y debe entenderse como una limitación del individuo por el grupo, por lo que, es preciso indicar que hay dos perspectivas sobre la igualdad humana:

- La primera se trata de la igualdad formal, pues mira a los individuos de manera general y abstracta, los aleja de sus características personales, los aísla de las circunstancias en las que se encuentra dentro de un grupo. No exista una visión de un individuo que posea individualidad;
- La otra perspectiva se refiere a la igualdad material, la cual nace de la consideración de las personas en función de las desigualdades reales en que ellas están colocadas. Es esta visión del individuo concreto la que obliga al Estado a brindar un trato diferenciado o una atención preferentes a los más débiles.

El Principio de Igualdad ante la Ley es entendido como "no discriminación" y tiene su fundamento en una versión individualista de la igualdad. En la obra "Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad", se dice que esta versión de la igualdad se vincula con una visión descontextualizada de la situación de cada persona, como contraria a una visión sociológica de una realidad social más amplia, en la cual, la pertenencia de un individuo a

un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos sociales como consecuencia de ser ese grupo.

Owen Fiss señala: “El Principio de no discriminación encierra una concepción muy limitada de igualdad, y que por ese motivo propone, delinear otro principio intermedio, el principio del grupo desaventajado, que tenga un buen, si no mejor, argumento para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé mejor cuenta de la realidad social, y que haga foco más claramente en las cuestiones sobre las que es preciso decidir en los casos de igual protección ante la ley”².

En la obra “El Principio Constitucional de Igualdad” del autor Miguel Carbonell señala que los ordenamientos jurídicos modernos, sean éstos nacionales o internacionales, acopian de distintas maneras el principio de igualdad ante la ley. Manifiesta Carbonell lo siguiente: “Varias de esas formas han sido de reciente creación, mientras que otras se encuentran en los primeros textos del constitucionalismo modernos, dentro de lo que Peter Häberle ha llamado “la hora inaugural” del Estado Constitucional”³.

Señala el autor que existen cuatro tipos principales de normas que contienen de una u otra manera mandatos sobre el principio de igualdad y son los siguientes:

- a) El Principio de Igualdad en sentido estricto, sea como valor o como principio. Esto empieza con el artículo 1 de la declaración francesa de derechos en el año de 1789. Como ejemplos más recientes tenemos en la mayoría de Constituciones que han sido emanadas durante el siglo XX.
- b) El mandato de no discriminación. Se refiere a una variable del principio general de igualdad, el cual se acompaña de una lista de criterios que podría considerarse, pretender violar ese principio

² Fiss, Owen “Groups and the Equal Protection Clause, en Philosophy and Public Affairs”, volumen 5, p. 107. 1976.

³ Carbonell, Miguel “El principio constitucional de igualdad”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 12.

general. Como ejemplo de estas normas tenemos el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que señala: "1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimientos o cualquier otra condición. 2. Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía".

- c) La Igualdad entre hombre y mujer. A principios del siglo XX empezó como un debate público la petición feminista de la igualdad de géneros. Esto ha sido una lucha antigua, que tenía como objetivo el reconocimiento de derechos que han sido negados a las mujeres, pues se les ha brindado un diferente trato jurídico.
- d) La igualdad sustancial. Se refiere al mandato para los poderes públicos de remover los impedimentos a la igualdad, lo que llega a exigir la implementación de medidas de acción afirmativa.

Juan María Bilbao Ubillos y Fernando Rey Martínez, profesores de la Universidad de Valladolid, señalan que el principio de igualdad ante la ley se proyecta en la aplicación de las normas jurídicas, cuando éstas se aplican por igual a todos quienes se encuentran en la misma situación. Frente a esto surge el problema de la no discriminación, lo que se refiere a una prohibición de la discriminación en los textos constitucionales modernos. Hablamos de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados, sin razón alguna, entre las personas.

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL TEMA

Jorge Zavala Egas señala que los derechos constitucionales como mandatos de acción y deberes de protección son consecuencias que se derivan del carácter de los derechos fundamentales como normas-

principios contentivos de decisiones axiológicas, en su dimensión central. Los derechos fundamentales como normas principios expresan contenidos de valor determinados que exigen ser realizados, no son derechos que persiguen la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos⁴.

Así, la Constitución de la República, sobre el tema de los fundamentos de los deberes de protección y de los mandatos de acción, señala lo siguiente:

“Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

“Art. 341.- El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieren consideración especial por la persistencia de desigualdad, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o discapacidad”.

Dentro del Título II, capítulo primero de los Principios de aplicación de los derechos, el **Art. 11** señala lo siguiente: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

- 2.- Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes 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-

⁴ Zavala Egas, Jorge “Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica” Edilex S.A. Editores, p. 126.

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 promueva la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

Con esta normativa, se refleja claramente que, con rango constitucional, se determina y regula la igualdad ante la ley y la adopción de medidas de acción afirmativa para casos de desigualdad por cualquier motivo. A lo largo de la historia, se indica e imparte en los centros educativos, la lucha de las distintas clases sociales por lograr conseguir el lugar que se merecen dentro de una sociedad; la lucha del género femenino para que sean las mujeres consideradas igual que los hombres; personas discapacitadas que no buscan otra cosa que ser tratadas por igual a pesar de su “diferencia”, es por esto que la evolución de la sociedad, el cambio de paradigma del Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, permite que ahora las personas discapacitadas sean consideradas como personas con habilidades especiales, las mujeres están en igualdad de condiciones con los hombres, es decir, todas las personas, sin distinción de cualquier tipo, gozamos de los mismos derechos y oportunidades.

Los **Arts. 16 y 17** de la Constitución se refieren al derecho al acceso a la información a todas las personas, en igualdad de condiciones. El Art. 26 señala que la educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y también constituye un deber del Estado, se trata de un área prioritaria de la política pública, es una garantía de la igualdad e inclusión social y una condición indispensable para el buen vivir.

El **Art. 47** de la Constitución de la República manifiesta: “El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera

conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.

Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a:

5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.

El **Art. 48**, en sus siete numerales señala que el Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren los derechos de estas personas. El **Art. 70** indica que el Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través de mecanismos especializados de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

En el **Art. 324** de la Constitución se consagra que el Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad y en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal.

El **Art. 329** en su inciso segundo señala: “Para el cumplimiento del derecho al trabajo de las comunidades, pueblos, y nacionalidades, el Estado adoptará medidas específicas a fin de eliminar discriminaciones que los afecten, reconocerá y adoptará sus formas de organización del trabajo, y garantizará el acceso al empleo en igualdad de condiciones”. El inciso cuarto indica “Los procesos de selección, contratación y promoción laboral se basarán en requisitos de habilidades, destrezas, formación, méritos y capacidades. Se prohíbe el uso de criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, la dignidad e integridad de las personas”.

Por otra parte, el **Art. 300** de la Constitución señala que se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su

actividad y se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición.

En cuanto al derecho al trabajo de las mujeres, el **Art. 331** manifiesta: "El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades.

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

El **Art. 341** de la Carta Magna indica que el Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad.

Así también, sobre el derecho a la educación que tenemos todas las personas, el **Art. 348** señala que la educación pública será gratuita y el Estado financiará de manera oportuna, regular y suficiente. El inciso segundo del mencionado artículo señala que el Estado financiará la educación especial y podrá apoyar financieramente a la educación fiscomisional, artesanal y comunitaria, siempre que cumplan con los principios de gratuidad, obligatoriedad e igualdad de oportunidades...".

Con todos estos artículos citados, no cabe duda que se han regulado de tal forma los derechos de las personas discriminadas, hasta el punto de que se garantiza la igualdad ante la ley y la creación de medidas de acción afirmativa para casos en los cuales persistan discriminaciones o desigualdades.

CAPÍTULO 2 ANÁLISIS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DISCRIMIDAS

El derecho moderno ha creado una serie de herramientas y mecanismos, los cuales han desarrollado y puesto en práctica estrategias con el objetivo de disminuir y contrarrestar las desigualdades que a lo largo de la historia se han impuesto por determinadas personas y han vulnerado los derechos de los demás.

La discriminación que han sufrido las mujeres es la más antigua y la que más ha perdurado en el tiempo; esto no quiere decir que se ha eliminado completamente, pero si se ha combatido de una forma efectiva, gracias a la lucha constante de este género por ser reconocido de la misma manera que los hombres; tanto así que a nivel mundial se celebra el día internacional de la mujer.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas "UNAM" señala que la lucha por el reconocimiento legal y constitucional de la igualdad de todas las personas ha sido una de las claves del constitucionalismo moderno. Las revoluciones encabezadas por la burguesía liberal en el siglo XVIII contra los antiguos privilegios contruidos por y para las monarquías fueron luchas por la igualdad; las batallas de los trabajadores a mediados del siglo XIX contra el capital industrial; la lucha de las mujeres sufragistas por el derecho al voto o las actuales movilizaciones de los pueblos y comunidades indígenas.

Lo que se desprende de todas estas luchas sociales es la eliminación de los privilegios económicos, políticos o de otra índole que se han generado por los grupos históricamente dominantes. Por lo tanto, poco a poco se han ido incorporando en los textos constitucionales normas que regulan la igualdad para modificar los patrones discriminatorios de conducta.

Durante varios siglos existió una negación legalizada de la igualdad de derechos de las mujeres, pero gracias a los movimientos feministas, a las

mujeres se les concedió el derecho al voto en Nueva Zelanda en el año de 1893 y se les otorgó el derecho a ser elegidas en Finlandia en 1908. Cuando se aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, Kuwait afirmó que “el derecho a ser candidatas a unas elecciones y a ejercer el derecho al voto se encuentra restringido a los varones”.

Cuando se redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos, la mayoría de las mujeres en el mundo no podían votar y muchas vivían en colonias. En varios países fundadores de las Naciones Unidas se concedía el derecho al voto sólo a los hombres. Esto quiere decir que la prioridad de las Naciones Unidas era el garantizar los derechos políticos de las mujeres con la finalidad de otorgarles un papel dentro del ámbito político. Las consecuencias de no conceder un papel político de las mujeres se ha manifestado en las desigualdades por lo que ha sido necesaria una reforma legal para introducir en los textos normas que equiparen el derecho de las mujeres y protejan los mismos.

Dentro de la esfera privada en lo relativo a la familia, la comunidad y la sociedad, la lucha contra la discriminación surgió como consecuencia del aspecto inicial que adoptó las Naciones Unidas en el tema de los derechos políticos de las mujeres. El vínculo que existía entre los derechos políticos y económicos no era una característica de la estrategia que tenían las Naciones Unidas. Los derechos humanos pretenden salvaguardar los derechos de los individuos de los abusos del poder.

En el año 1948, cuando se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, no se prestó la atención debida para describir a la discriminación. La igualdad entre el hombre y la mujer se ha reafirmado en instrumentos internacionales de derechos humanos y se ha ampliado la exigencia a los gobiernos para la prohibición de la discriminación.

En 1946, la Subcomisión de la Condición de la Mujer era un órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU; posteriormente

se creó una Comisión Especial que se encargó de promover los derechos de la mujer en el ámbito de la política, la vida económica, social, civil y educativa.

También se tomó en cuenta el hecho de señalar sugerencias para superar todo obstáculo en el ejercicio de la igualdad de los derechos de las mujeres y, en el año de 1979 surgió la Carta de la Mujer que posteriormente adoptó la forma de una convención de la mujer. Esta convención en sus primeros años revisó los ámbitos en los que se negaban a las mujeres los derechos fundamentales pues existían numerosas demandas para mejorar la condición legal de las mujeres.

La Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer en el Artículo 1 indica: "A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

Así, en el Art. 2 de la Convención citada, se regula lo relacionado con las políticas que se adoptarán para garantizar los derechos de las mujeres y eliminar toda forma de discriminación y se hace hincapié en la adopción de medidas adecuadas, con las sanciones correspondientes para la prohibición de toda forma de discriminación. También se señala que se debe establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre.

Un punto importante del mencionado artículo y que considero la pauta para las reformas legales que actualmente se han dado, se refiere al hecho de que los Estados Partes deberán consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el

principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.

El Art. 7 de la Convención señala: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Esto es un gran avance, pues como se indicó anteriormente, muchos de los derechos que hoy se reconocen a las mujeres, eran prácticamente concedidos y reconocidos sólo a los hombres. Poco a poco se han ido eliminando las barreras y gracias a la lucha incansable se ha ido eliminando toda forma de discriminación; no sólo con el tema de las mujeres, sino también con las personas discapacitadas, personas de otra raza, personas con una diferente orientación sexual. En fin, lo que se pretende es conseguir una igualdad no sólo en teoría; sino en la práctica diaria dentro de todos los ámbitos de la vida en sociedad.

El Art. 11 manifiesta que los Estados Partes adoptarán las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito laboral con la finalidad de asegurar en condiciones igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos.

Por otra parte, el Art. 15 de la Convención señala lo siguiente:

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad ante la ley.
2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.
3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo. 4.- Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio"⁵

En si toda la Convención hace referencia a mecanismos, acciones, obligaciones y sanciones que reconocen y garantizan los derechos de las mujeres pues, históricamente este ha sido unos de los grupos vulnerables que más ha sentido la segregación.

Por otro lado tenemos a las personas de otra condición racial, personas con una diferente orientación sexual o personas discapacitadas. Lamentablemente, no todos aceptamos las diferencias que existen entre una y otra persona; lo que ha llevado a la ya indicada lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas o grupos discriminados.

Un gran avance en el tema de la libertad sexual ha permitido que en varios países se ampliara el pensamiento de las personas y se concedan derechos a las personas homosexuales. A pesar de que este es un tema muy cuestionado básicamente por la iglesia, las personas que tienen una diferente orientación sexual, ahora puede contraer matrimonio con personas del mismo sexo.

⁵ Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer. 1979.

Considero que a medida de que pasen los años y la sociedad siga avanzando, en varios países se van a seguir creando movimientos y proponiendo reformas legales para el reconocimiento efectivo de los derechos de las personas homosexuales pues, como ya se dijo, todos somos iguales ante la ley y gozamos de los mismos derechos y oportunidades.

En cuanto al tema de las personas con capacidades especiales es notorio el avance que ha surgido en varios ámbitos. Considero un punto importante el hecho de que en la actualidad en toda empresa pública deben tener como empleados o trabajadores a cierto número de personas discapacitadas.

Así, se reconocen los derechos de todos por igual, al tener la posibilidad de tener un trabajo y cumplir una función remunerada de conformidad con la ley. Es obvio que al tener habilidades especiales no se podrán cumplir todas las actividades o con la agilidad de otra persona pero, no se le puede negar el derecho al trabajo pues esto está consagrado en el Art. 47, numeral 5 de la Constitución de la República.

REFERENCIA AL HECHO QUE MARCO LA PRIMERA ACCION AFIRMATIVA A NIVEL MUNDIAL

Al estudiar varios temas relacionados con la discriminación y con la lucha de los grupos segregados históricamente, es preciso partir del caso que permitió la evolución de la cultura y a su vez fomentó la lucha e iniciativa de dichos grupos discriminados, para conseguir una reforma legal que genere una protección a los derechos, al consagrar la igualdad ante la ley y otorgar medidas de acción afirmativa para las personas o grupos que han sido segregados, discriminados o maltratados por cualquier condición.

Históricamente la mujer siempre ha sido vista como un "ser inferior", tanto así que en el Derecho Romano la mujer era considerada una cosa, por lo tanto el hombre era quien podía disponer de ella. Otro factor u otra condición

que condicionaba el trato hacia las personas era su raza, cosa que hoy en día ha sido superada pero no del todo.

Es por señalado anteriormente que considero preciso mencionar el caso Donald Murray, 1935 – 1937 suscitado en los Estados Unidos. Donald Gaines Murray fue la primera persona afroamericana aceptada en la Universidad de Maryland. Murray solicita la admisión a la Escuela de Derecho de dicha Universidad, sin embargo, su solicitud fue rechazada por motivo de su raza (motivo claro de discriminación) y la apelación que se realizó en la misma Universidad no tuvo éxito alguno. Este hecho no podía quedar así, por lo que Murray presenta su caso ante los Tribunales y estuvo representado por miembros de la Asociación Nacional para el Avance de la Gente de Color.

Como argumentación se sostuvo la política de la organización de la segregación racial era inconstitucional y que el Estado de Maryland no había proporcionado una escuela de derecho para los negros y por lo tanto Murray debía ser aceptado en una Universidad para blancos".

La defensa de Murray indicó que lo que está en juego son los derechos de su cliente, los mismos que tienes relación con el compromiso de todos los países de brindar educación a las personas. Con todo esto, el Juez ordenó a Raymond A. Pearson, Presidente de la Universidad, admitir a Murray en la Escuela de Derecho. A pesar de esta decisión judicial, la sentencia fue apelada ante el máximo tribunal de Maryland y la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia del Tribunal y Murray fue admitido en la Universidad de Maryland.

Murray ingresó a la Universidad, se graduó y ejerció la abogacía en Baltimore. Estuvo también involucrado en casos que llevaron a la eliminación de la barrera de color en su Universidad.

El autor Roberto Sabra en la obra "Igualdad y no discriminación. EL reto de la diversidad" indica lo siguiente: "las acciones afirmativas, de considerarse justificadas, entran en conflicto con el principio de igualdad ante la ley

entendido como "no discriminación". Parece ser que, o bien las acciones afirmativas serían contrarias al principio de igualdad ante la ley; o bien el principio de igualdad ante la ley debería ser redefinido y reinterpretado de modo que sea compatible con medidas semejantes a las que se instrumentan a través de las acciones afirmativas"⁶.

Señala el autor que este dilema debió enfrentar la corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Bakke en 1978 y recientemente en los dos casos de la Universidad de Michigan en el año 2003. En estos casos, frente a políticas de acción afirmativa llevadas por universidades para favorecer el ingreso de estudiantes afroamericanos, habían alumnos blancos que fueron impedidos de ingresar a pesar de haber obtenido mejores calificaciones que las competidores de raza negra y, por ese motivo, exigían que se declare la inconstitucionalidad de dichas políticas por violar el derecho a no ser discriminados por motivos irrazonables.

Señala Roberto Saba que "el argumento se construía, básicamente, sobre la idea de que la identificación de la raza como criterio relevante para hacer distinción en función de la posibilidad de ejercer el derecho a realizar estudios en la universidad no superaba el test de razonabilidad entendido como funcionalidad o instrumentalidad. Para ser gráfico, "ser afroamericano" claramente no operaba como criterio indicativo de "ser mejor estudiante". Esto era claro, pero sobre todo porque en ningún momento las medidas de acción afirmativa aspiran a establecer criterios que permitan establecer esta relación de funcionalidad o instrumentalidad. Estos criterios se erigen con la plena conciencia de la imposibilidad de que los beneficiarios de estas acciones afirmativas superar ese test"⁷.

⁶ CAICEDO TAPIA, Danilo. PORRAS VELASCO, Angélica. "Igualdad y no Discriminación. El Reto de la diversidad". Serie Justicia y Derechos humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito Ecuador. Primera Edición: diciembre 2010. Pág. 73

⁷ CAICEDO TAPIA, Danilo. PORRAS VELASCO, Angélica. "Igualdad y no Discriminación. El Reto de la diversidad". Serie Justicia y Derechos humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito Ecuador. Primera Edición: diciembre 2010. Pág. 73

Lo que sucede es que se asume la dificultad de las personas de ciertos grupos para alcanzar los estándares académicos de sus competidores de otros grupos y, por esa misma razón, se recibe un trato preferencial y antepone la pertenencia al grupo favorecido por una acción afirmativa sobre la calidad académica del postulante.

Ronald Dworkin es citado por el autor Saba, quien indica “si la Corte Suprema declara inconstitucionales las acciones afirmativas, el ingreso de estudiantes negros a universidades de élite se vería drásticamente reducido, y los estudiantes negros serían muy excepcionalmente admitidos a las mejores facultades de derecho o medicina”⁸.

Dworkin sugirió que la manera de superar este problema en la caso del acceso a las universidades sin que cambie el principio de no discriminación basado en la constitucionalidad de las acciones afirmativas, es necesario no identificar a los estudiantes que sean capaces, pues en todas las universidades se tiene un sistema de selección de los aspirantes.

Señala Ronald Dworkin que en los Estados Unidos las Universidades dicen que entrenan a futuros líderes de la nación y también del mundo; por lo tanto sostiene Dworkin, que es mucho mejor que se identifique a los líderes con la diversidad de sus ciudadanos, entonces nadie sería afectado por el accionar de las acciones afirmativas que pretenden conseguir este objetivo con los aspirantes.

Por lo tanto, las Universidades no pueden actuar injustamente o violando los derechos de nadie, básicamente no deben excluir estudiantes por su raza o cualquier otra condición para discriminar.

⁸ CAICEDO TAPIA, Danilo. PORRAS VELASCO, Angélica. “Igualdad y no Discriminación. El Reto de la diversidad”. Serie Justicia y Derechos humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito Ecuador. Primera Edición: diciembre 2010. Pág. 74

DIFERENCIAS ENTRE ACCION AFIRMATIVA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

Debemos tener claro que tanto la noción sobre el Principio de Igualdad ante la Ley y la lucha por la eliminación de la discriminación ha ido evolucionando a medida de que la sociedad se ha desarrollado y a su vez el derecho de las comunidades ha cambiado para ajustarse a los cambios y necesidades de las personas que viven en sociedad.

Es por esto que hoy en día nos encontramos frente a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el cual el ordenamiento jurídico ha establecido normas que garantizan la igualdad de las personas y reconocen la implementación de mecanismos de protección en caso de vulneración de derechos. Otro punto positivo es la implementación de acciones afirmativas para casos o personas que han recibido de una u otra manera algún tipo de discriminación.

La acción afirmativa, como ya se explicó en el capítulo anterior, es un término que se usa para definir a una acción que pretende establecer políticas para que un determinado grupo, de cualquier condición, que ha sufrido discriminación por motivos de injusticias sociales, reciban un trato preferencial en el acceso a bienes y servicios, en el reconocimiento de derechos, así como en la distribución de la riqueza.

Está claro que en ningún país se ha logrado establecer por completo una igualdad de géneros. La lucha contra la discriminación de género es un proceso largo que comienza con el compromiso de eliminar la discriminación; teniendo en cuenta que no se trata sólo de la discriminación de género, sino cualquier forma de discriminación que vulnere derechos fundamentales de las personas.

Actualmente, y gracias a los cambios que se han generado con el Estado Constitucional de Derechos, tenemos datos sobre la participación activa y la representación política de las mujeres, la inserción laboral tanto de

mujeres como personas con habilidades especiales. Lo que no podemos dejar pasar por alto es que, la discriminación se puede presentar en cualquier ámbito de la vida cotidiana y, mientras más busquemos, tendremos más riesgo de encontrarla.

Esto ha contribuido a que los países adopten políticas antidiscriminatorias con las llamadas acciones afirmativas, pues la igualdad de género es un tema que no se puede ignorar.

Para entender la diferencia de las acciones afirmativas con el principio de igualdad ante ley, es necesario partir del punto de que la búsqueda de la igualdad de género no es un asunto que se puede tratar, analizar y resolver aisladamente; más bien, considero que son dos temas que van de la mano pues ninguna norma o cualquier mecanismo que se cree para el goce efectivo de los derechos fundamentales, puede ir en contra del Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley.

Es así que el Principio de Igualdad ante la Ley en la República argentina está regulado en el Art. 16 de la Constitución Nacional y señala: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

Este artículo es interesante, pues abarca prácticamente todos los campos y situaciones que están sujetas a cualquier forma de discriminación. Recalca la igualdad ante la ley de todos los habitantes y el hecho de que no hay preferencias en el acceso a un empleo, pues lo que se necesita es idoneidad así se trate de un hombre, una mujer, una persona de raza negra o un discapacitado.

Considero que frente a una normativa así, es necesario que existan normas o mecanismos que garanticen lo consagrado en la Constitución de la nación que sea y, de ser preciso para el goce y disfrute efectivo de los

derechos, se creen acciones afirmativas para proteger y buscar la eliminación de cualquier forma de discriminación.

Por lo tanto, con todo lo indicado en este capítulo, está claro a que se refieren las llamadas acciones afirmativas y de qué se trata el Principio de Igualdad ante la Ley. Por una parte tenemos al Principio de igualdad, con rango constitucional y con regulación del mismo en normas inferiores pero no contradictorias con la Constitución, el mismo que indica que todos somos iguales, gozamos de los mismos derechos y oportunidades y; por otro lado tenemos a estos mecanismos que sirven para garantizar un trato igualitario a personas o grupos de personas que han sido discriminados.

Es lógico que todo tenga su razón de ser, no podemos decir que tanto las antiguas como las nuevas instituciones del derecho han sido creadas por decisión del legislador. Obviamente el legislador es el creador de normas, pero no puede crearlas porque sí; es por esto que todo es sometido a debate para identificar las necesidades de su creación y el justificativo de las mismas.

Es por esto que, a pesar de que no todos están de acuerdo con la creación de estas medidas de acción afirmativas, éstas tienen su razón de ser; lógicamente amparadas en el Principio de Igualdad ante ley y de todas las normas del ordenamiento jurídico para que se aprueben leyes que sean inconstitucionales.

Las acciones afirmativas son un mecanismo para hacer realidad la igualdad sustancial. Según María José Añón, autora citada por Judith Salgado, quien nos dice que son elementos de las acciones afirmativas: la existencia de una desigualdad, desventaja, inferioridad real o discriminación que obstaculiza la realización de la igualdad de oportunidades de un grupo específico frente al resto; la contextualización de las medidas dependen de las circunstancias y el caso; las acciones afirmativas tienen carácter temporal; la razonabilidad, proporcionalidad y coherencia de dichas medidas con el principio de igualdad material.

Indica Judith Salgado que según la autora Añón existen distintos tipos de acciones positivas. Por un lado existen medidas de concienciación con la finalidad de sensibilizar a la opinión pública, medidas de promoción de la igualdad, medidas de discriminación positiva como la asignación de un porcentaje o número de cupos a grupos discriminados, medidas de trato preferencial que dan prioridad a quien pertenece a un grupo desventajado.

Ahora bien, teniendo claro qué son las acciones afirmativas, de qué se trata el Principio Constitucional de Igualdad ante la ley, los distintos hechos que han marcado la evolución de los derechos de las personas discriminadas para conseguir un trato igualitario; es preciso analizar en el siguiente capítulo las ventajas y desventajas de la implementación de acciones afirmativas, así como el tratamiento que brinda el ordenamiento jurídico a los grupos vulnerables.

CAPÍTULO 3 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA ACCION AFIRMATIVA

Después de haber analizado varios temas sobre la acción afirmativa y la relación que tienen estas medidas con el principio de igualdad, es precioso mencionar las ventajas y desventajas que generan o se podrían generar la implementación de dichos mecanismos en la práctica del día a día.

Marcela V. Rodríguez en la obra "Igualdad y no Discriminación. El Reto de la Biodiversidad" en el capítulo referente a la Igualdad, democracia y acciones afirmativas, hace un análisis sobre los argumentos a favor y en contra para la implementación de las acciones afirmativas y se refiere a los argumentos que alegan los oponente de las acciones afirmativas; en particular en el sistema de cuotas para mujeres en los partidos políticos.

Señala la autora: En primer lugar, se ha argumentado que el principio de justicia compensatoria como base de programas de acciones positivas enfrentaría un obstáculo inicial, debido a que la razón para su implementación está dada por daños que han sido sufridos por algunas personas que no son exactamente las mismas que van a ser beneficiadas por estos programas. Esto haría surgir la pregunta de si la compensación es debida por tales daños a estas personas.⁹

Al describir este obstáculo con el que se enfrentan las acciones afirmativas, se pretende hacer énfasis en el hecho de que la discriminación y desigualdad sufridas por siglos, no pueden ser separadas de los resultados actuales que han surgido gracias a esa realidad vivida. Indica la autora que "Esto significa que los daños pasados y presentes son inseparables."

Para justificar la implementación de acciones afirmativas, es necesario demostrar que ha existido una injusticia o un perjuicio para con las personas

⁹ CAICEDO TAPIA, Danilo, PORRAS VELASCO, Angélica. Igualdad y no Discriminación. El Reto de la diversidad". Serie Justicia y Derechos humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito Ecuador. Primera Edición: diciembre 2010. Pág. 309

que van a recibir ese beneficio; lo que lleva a preguntar si todas las personas que están incluidas en el grupo han sido perjudicadas.

En cuanto a la discriminación de género, la percepción social de la inferioridad de las mujeres ha sido sufrida por absolutamente todas y por lo tanto la compensación para reparar los daños debe aplicarse a todas.

Señala la autora Marcela V. Rodríguez que existen autores como Thomson que manifiesta que muchos de los que tienen derecho al beneficio de las acciones afirmativas no han sufrido directamente discriminación, que no fueron ellos mismos quienes por ser negros o mujeres sufrieron un trato discriminatorio, pero que solo por ser de "ese grupo" han sufridos sus consecuencias.

Los efectos de las acciones afirmativas señala Marcela V. Rodríguez, como el sistema de cuotas implica la incorporación de un treinta por ciento de mujeres en las listas de los partidos políticos pero, los varones como grupo continúan teniendo el control de las instituciones políticas, el poder económico y ciertos privilegios sociales. Es por esto que el sistema de cuotas no es discriminatorio hacia los varones, simplemente las acciones afirmativas son un mecanismo corrector.

Un argumento que se opone a la implementación de acciones afirmativas es el hecho de que estos programas pueden recaer sobre personas inocentes; entonces la pregunta es ¿quién debe pagar? Por lo tanto se habla de la imposición de un deber de compensación teniendo como base la teoría de la responsabilidad colectiva. A pesar de que se admita que no todos han sido culpables de actos discriminatorios, ellos también han aceptado y de cierta forma beneficiado de lo que ha generado una sociedad que si ha discriminado.

Está claro que la discriminación ha dañado a las mujeres y ha desalentado su participación y como resultado se ha incrementado el éxito de los varones. Otro argumento en contra de estas acciones positivas señala que

quienes reciben beneficios tendrán que lidiar con la sospecha de no ser realmente capaces de recibir ciertas posiciones por sus propios méritos y habilidades.

Por último, con la implementación de estas acciones –señala Marcela V. Rodríguez- es posible recuperar el respeto propio de los integrantes de un grupo. Estos sistemas promueven la inclusión de género y rompe modelos históricos de segregación y jerarquía entre los sexos.

DERECHOS DE LOS GRUPOS VULNERABLES SEGÚN LA CONSTITUCION

El derecho a la igualdad es un derecho complejo que está integrado por varios elementos para comprenderlo íntegramente. Así, la Constitución de la República en el Art. 66, numeral 4 señala que se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Señala la autora Judith Salgado que la igualdad formal o igualdad ante la ley supone el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de las personas, esto significa un igual tratamiento de la ley, la generalidad de su aplicación y una protección igual de la ley a todas las personas. Desde la noción de igualdad formal se prohíbe en principio todo trato diferente que sea arbitrario e injusto, más aún en el caso de que dicha diferenciación tenga como base las denominadas categorías sospechosas.¹⁰

Señala la autora citada que son los movimientos obreros, campesinos y de mujeres quienes evidencian que cuando las estructuras sociales se caracterizan por la presencia de desigualdades y exclusiones, la igualdad formal es necesaria pero desgraciadamente insuficiente.

Es así que con el surgimiento del Estado Social de Derecho aparece también la llamada noción de una igualdad material, la misma que se

¹⁰ SALGADO, Judith. La Nueva Constitución del Ecuador, Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, Editores. Serie Estudios Jurídicos. Volumen 30. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009. Pág. 309.

entiende como una igualdad respecto de los bienes materiales, igualdad económica, igualdad en el ámbito social y cultural.

Indica Judith Salgado que la no discriminación y la igualdad son entendidas como principio y como derecho; tanto así que la Constitución de la República establece el derecho a la no discriminación; en los derechos de libertad se introduce la disposición que señala que el ejercicio de los derechos se regirá por varios principios, incluidos el de igualdad y no discriminación, tal como lo indica el Art. 11, numeral 2 de la carta magna:

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

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

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 los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad".

Es necesario entender que el principio de igualdad y no discriminación no es sinónimo de una demanda de un trato idéntico en todo momento y en cualquier caso. Por ejemplo, el sistema interamericano avanza hacia un concepto de igualdad material basada en el reconocimiento de que ciertos sectores requieren que se adopten medidas especiales para la equiparación de derechos. Por lo tanto, esto implica la implementación de un trato diferenciado cuando existen circunstancias que afectan a un

grupo desventajado y, con un trato igualitario se tenga la misma accesibilidad a un bien, un servicio o en el ejercicio de los derechos.

Por esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que es necesario realizar una precisión en el uso de los términos: Se empleará el término distinción para lo admisible en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo, y se empleará el término discriminación para lo inadmisibles por violar derechos humanos.

En la actualidad la normativa constitucional reconoce que es deber del Estado el adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de las personas o grupos de personas titulares de derechos que se encuentren frente a una situación de desigualdad y desventaja. Así, el Estado debe reconocer a ciertos grupos de personas en situaciones privilegiadas y a otros grupos en situaciones de desigualdad y, cumpliendo con su rol activo, debe asumir esta responsabilidad y eliminar la desigualdad, la exclusión y las injusticias.

La Constitución del 2008 reconoce el derecho y el principio de igualdad como también el derecho y el principio de no discriminación. Se han incluido también nuevas formas de discriminación, la noción de discriminaciones directas e indirectas, la sanción a cualquier forma de discriminación y sobre todo el deber que tiene el Estado de tomar e implementar medidas de acción afirmativa para conseguir una igualdad real.

Sobre el Principio de Igualdad ante la ley y no discriminación, la Constitución estipula una normativa específica en el capítulo tercero, artículos 35 al 51, para los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

La constitución actual, dentro del capítulo de las personas y grupos de atención prioritaria incluye a las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad y a

quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad. Un avance de la normativa actual es la inclusión de los jóvenes, personas en movilidad humana, personas privadas de libertad y los consumidores.

La atención prioritaria de señala la Constitución está también dirigida a las personas que se encuentren en situación de riesgo como por ejemplo personas que estén sujetas a formas de violencia doméstica, maltrato infantil o desastres naturales. La protección constitucional se extiende a quienes son víctimas de violencia sexual y, tal como lo afirma Judith Salgado, es una novedad de la Constitución actual el deber del Estado de prestar especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad, pues se reconoce que si existe una coincidencia de estas condiciones, las posibilidades de vulneración de derechos aumentan.

En cuanto a las personas adultas mayores, la normativa constitucional establece lo siguiente:

El Art. 36 manifiesta: Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad.

Art. 38.- El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas.

En particular, el Estado tomará medidas de:

1. Atención en centros especializados que garanticen su nutrición, salud, educación y cuidado diario, en un marco de protección integral de

derechos. Se crearán centros de acogida para albergar a quienes no puedan ser atendidos por sus familiares o quienes carezcan de un lugar donde residir de forma permanente.

2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. El Estado ejecutará políticas destinadas a fomentar la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas para que contribuyan con su experiencia, y desarrollará programas de capacitación laboral, en función de su vocación y sus aspiraciones.
3. Desarrollo de programas y políticas destinadas a fomentar su autonomía personal, disminuir su dependencia y conseguir su plena integración social.
4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o negligencia que provoque tales situaciones.
5. Desarrollo de programas destinados a fomentar la realización de actividades recreativas y espirituales.
6. Atención preferente en casos de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
7. Creación de regímenes especiales para el cumplimiento de medidas privativas de libertad. En caso de condena a pena privativa de libertad, siempre que no se apliquen otras medidas alternativas, cumplirán su sentencia en centros adecuados para el efecto, y en caso de prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario.
8. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.
9. Adecuada asistencia económica y psicológica que garantice su estabilidad física y mental.

La ley sancionará el abandono de las personas adultas mayores por parte de sus familiares o las instituciones establecidas para su protección.

Otra innovación de la Constitución el 2008 es el reconocimiento de los derechos de los jóvenes dentro del capítulo de los grupos de atención

prioritaria. A los jóvenes se les reconoce derechos y garantías otorgándoles la posibilidad de participar en todos los ámbitos como por ejemplo el poder público, la educación, vivienda, salud, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación.

Es un deber del Estado el fomentar la incorporación en el ámbito laboral de los jóvenes en condiciones justas y dignas, de manera permanente, enfatizando la capacitación, el acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento.

Sobre las personas en movilidad, la Constitución de la República señala lo siguiente: "**Art. 40.-** Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria.

El Estado, a través de las entidades correspondientes, desarrollará entre otras las siguientes acciones para el ejercicio de los derechos de las personas ecuatorianas en el exterior, cualquiera sea su condición migratoria:

1. Ofrecerá asistencia a ellas y a sus familias, ya sea que éstas residan en el exterior o en el país.
2. Ofrecerá atención, servicios de asesoría y protección integral para que puedan ejercer libremente sus derechos.
3. Precautelará sus derechos cuando, por cualquier razón, hayan sido privadas de su libertad en el exterior.
4. Promoverá sus vínculos con el Ecuador, facilitará la reunificación familiar y estimulará el retorno voluntario.
5. Mantendrá la confidencialidad de los datos de carácter personal que se encuentren en los archivos de las instituciones del Ecuador en el exterior.
6. Protegerá las familias transnacionales y los derechos de sus miembros".

Art. 41.- Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley

y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia.

No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad.

El Estado, de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley.

En cuanto al derecho de las mujeres embarazadas, el avance constitucional de la normativa actual es que el derecho a no ser discriminadas se extiende no sólo al ámbito laboral sino también al social y educativo, la atención gratuita en los servicios de salud materna, protección prioritaria de su salud y su vida durante el embarazo, parto y posparto.

Sobre los niños, niñas y adolescentes, la regulación actual es parecida a la de la Constitución de 1998; con la diferencia de que este grupo de atención prioritaria tienen derecho a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; así como también a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, a menos que sea perjudicial para su bienestar. El Art. 46 de la Constitución señala las medidas que deberán tomarse para el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

También se reconoce el derecho a las personas con discapacidad en el Art. 47 de la Constitución, incluso el Art. 49 señala lo siguiente: “Las personas y las familias que cuiden a personas con discapacidad que requieran atención

permanente serán cubiertas por la Seguridad Social y recibirán capacitación periódica para mejorar la calidad de la atención”.

En los Arts. 50 y 51 se regula lo relacionado con los derechos de las personas con enfermedades catastróficas garantizando una atención especializada y gratuita; y los derechos de las personas privadas de libertad, reconociendo el derecho a no ser aislados como sanción disciplinaria, comunicarse con sus familiares y con los profesionales del Derecho, declarar sobre el trato que hayan recibido durante la privación de su libertad, entre otros.

También se ha incluido a las personas usuarias y consumidoras dentro de los grupos de atención prioritaria; posiblemente, desde mi parecer, pues todos tenemos derecho al acceso de bienes y servicios de óptima calidad, a la retribución por el pago de servicios públicos y, en el ejercicio de estos derechos, enfocándonos ya en la realidad, existen muchas formas de engaño a los consumidores, como es la publicidad engañosa, abusiva o subliminal. Por lo tanto, esta sería la razón de brindar un trato constitucional dentro del capítulo de los grupos vulnerables a los consumidores y usuarios.

ANÁLISIS DE CASOS SOBRE LA APLICACIÓN DE ACCIONES AFIRMATIVAS

John Antón Sánchez señala: “El Decreto 60 del 28 de septiembre de 2009 es una de las mayores acciones políticas y jurídicas del presidente Rafael Correa sobre los derechos de los afroecuatorianos. Este Decreto aprueba el Plan Nacional contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas conexas de intolerancia”. Decreta también 365 días por la interculturalidad para impulsar la aplicación de políticas públicas interculturales en el Estado y el Gobierno. También se decreta la aplicación de políticas para combatir la discriminación, el racismo y la xenofobia en el Estado ecuatoriano.

También se establecen políticas de acción afirmativa pues se decreta que se adopte una política laboral de acciones afirmativas con la finalidad de

acelerar las condiciones de igualdad de sectores marginados, con el fin de generar oportunidades de trabajo sin discriminación.

Por otra parte, en el concurso de merecimientos para el sector público, se adoptarán criterios de valoración que contemplen el criterio de género y de etnia, con una valoración específica, además de la experiencia y la formación profesional, para llenar las vacantes.

Ezequiel Nino señala que en los cursos de derecho constitucional de las universidades argentinas se estudian los fallos Arenzon y Repetto. En el primero se declaró inválida una norma que no permitía a una persona de baja estatura ser admitida en un magisterio; en el segundo se declaró inconstitucional una norma que prohibía que los extranjeros pudieran trabajar como maestros en la provincia de Buenos Aires.

Los casos más demandantes de discriminación, como los de material racial, religiosa o sexual, no llegan siempre a los tribunales por la dificultad de acceso al aparato judicial y, de los pocos que llegan, no siempre son resueltos de conformidad a la convicción de que la lucha contra la discriminación es esencial para promover el bien común.

La Corte Constitucional de Sudáfrica, en el año 2005 sobre los casos "Minister of Home Affairs v. Fourie" y "Lesbian and Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs" anuló la cláusula heterosexual del régimen matrimonial y lo extendió a cualquier pareja, con independencia de su identidad sexual, identidad de género u orientación sexual. La totalidad del tribunal se pronunció a favor de la modificación de los aspectos discriminatorios sobre el régimen matrimonial.

Las acciones afirmativas son de carácter temporal para los grupos culturales discriminados en especial mujeres y jóvenes, para garantizar el acceso a diferentes servicios como educación, salud, seguridad, empleo, entre otros.

Las acciones afirmativas sobre afrodescendientes se desarrollaron en Estados Unidos desde los años cincuenta del siglo XX cuando se luchó por los derechos civiles. En América Latina este tema es reciente, se puede afirmar que esto cobró fuerzas en las últimas décadas del siglo pasado en Brasil. Los movimientos sociales afrobrasileros demandaron del Estado políticas de cuotas raciales en el campo del empleo y la educación universitaria. En el año 2002 se expidió un decreto presidencial que reservaba el 20% de cargos federales para brasileros descendientes de afroamericanos.

Para terminar, está ya analizado cuando se aplican medidas de acción afirmativa en nuestro país. Espero que todos analicemos este tema y, quienes consideren que han sido discriminados hagan uso de estas acciones para recibir un trato igualitario. Así, a futuro podemos contar con innumerable jurisprudencia al respecto.

Las acciones afirmativas y las reparaciones se han convertido en temas centrales del movimiento afrodescendiente en el mundo. Son una necesidad justa y legítima –señala John Antón Sánchez- para enmendar las desventajas que históricamente han tenido las personas que pertenecen a este grupo que durante mucho tiempo fueron víctimas del esclavismo.

También es importante el tema de las mujeres pues para algunos todavía vivimos en una sociedad machista, rodeados de hombres que mantienen la creencia de que las mujeres no pueden participar en cargos o funciones públicas. Es por esto que actualmente, en un concurso de oposición y méritos, se otorgan puntos extras a las mujeres.

Es lógico que al momento de aplicar las normas para resolver estos casos y muchos más que se presentarán a futuro, los jueces y juezas deben interpretar las normas y aplicarlas de conformidad con los mandamientos constitucionales. Si se presentan casos en los que se exija el reconocimiento y/o protección de uno o varios derechos fundamentales, no se pueden

dejar de aplicar normas y, de ser el caso, se deberán aplicar las acciones afirmativas reconocidas en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, considero que es básica la inserción laboral de las personas con habilidades especiales en el ámbito laboral. Al ser consideradas estas personas un grupo de atención prioritaria, es lógico que van a recibir un trato diferenciado pero, no por esto se puede abusar de los beneficios de las acciones afirmativas y tampoco se puede pretender que una personas que no posee las mismas habilidades o la mismas capacidad que los demás realice una actividad que esté fuera de sus posibilidades.

Es por esto que me propuse estudiar este tema, conocer todo lo que ha generado discriminación y las graves consecuencias que esto acarrea. Pero, gracias a los avances de la sociedad, al no conformismo de las personas y a la meta de superación de éstas, se han ido creando instituciones jurídicas y reconociendo derechos que antes eran ignorados.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La elaboración de este trabajo me permitió investigar sobre la evolución de los derechos de las personas discriminadas, todo el camino que han tenido que recorrer para que sus derechos sean reconocidos en un marco de igualdad de condiciones y con un trato diferenciado pero siempre justificado.

Si nos encontramos frente a un Estado que es completamente garantista, un Estado que reconoce y permite la aplicación de garantías constitucionales para el respeto de derechos que han sido vulnerados; es lógico que se deban implementar nuevos mecanismos para la aplicación de éstos derechos. Es necesario también que se reconozca un trato igualitario y diferenciado a quienes han sido víctimas de discriminación durante siglos.

Como ya analicé en este trabajo, hay quienes se oponen a la implementación de estas acciones afirmativas, alegando que muchos de los que se van a beneficiar de estas medidas no hay sufrido algún tipo de discriminación. Pero, deberíamos preguntarnos ¿qué pasa si las personas que no han sufrido anteriormente y son víctimas de discriminación a futuro y no existan normas de protección y mecanismo para conceder acciones afirmativas a favor de los grupos de atención prioritaria?

En fin, este es un tema que va a necesitar un estudio continuo pues, a medida de que crece la sociedad y aumentan las necesidades de las personas, van a surgir más problemas que necesitarán una regulación especial.

Es por esto que yo recomiendo que se estudie todo lo relacionado con las acciones afirmativas y el principio de igualdad ante la ley para así comprender quienes están reconocidos como grupos de atención prioritaria en la Constitución y entender también el porqué de brindar un trato diferenciado a estos.

Y finalmente, me gustaría recalcar que como mujer, me siento orgullosa de los logros alcanzados y de la posibilidad de poder contar ahora con un trato diferenciado en muchos campos a los cuales antes se tenían un acceso restringido sólo para varones.

Es más, creo que esto influye positivamente para que busquemos nuevas metas, mejores oportunidades de empleo y estudios, entre otras; siempre con la protección constitucional en caso de vulneración de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Santiago. GRIJALVA, Agustín. STORINI, Claudia. Editores. "La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones". Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Serie Estudios Jurídicos 30. Quito, 2009.
- BORJA, Rodrigo. "Enciclopedia de la Política". Fondo de Cultura Económica, México. Primera Edición, 1997.
- CAICEDO TAPIA, Danilo. PORRAS VELASCO, Angélica. "Igualdad y no Discriminación. El Reto de la diversidad". Serie Justicia y Derechos humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito Ecuador. Primera Edición: Diciembre 2010.
- CARBONELL, Miguel (Compilador). "El Principio de Igualdad Constitucional. Lecturas de Introducción". Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2003.
- Constitución de la República.
- Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación de la mujer.
- FERREYRA, Raúl Gustavo. "Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías". Ediar. Buenos Aires. 2006.
- ZAVALA EGAS, Jorge. "Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica". Edilex S.A. Editores. Guayaquil – Ecuador. 2010.