



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RESUMEN

La Constitución del 2008, nos enfrenta a nuevos retos, el primero es volver a estudiar el derecho Constitucional, pues es la base de todo el sistema, al ser un Estado Constitucional de derechos, y haber retomado la importancia que este tiene es necesario que estudiemos todos y cada uno de los temas contemplados en la nueva Constitución.

La discriminación positiva es tratada como punto central de este estudio, y en ella se ve la necesidad de conocerla, familiarizarnos con el tema, para poder entregar un criterio, el contenido es muy extenso, tal y como podemos ver al introducirnos en el análisis realizado.

Se analiza a la discriminación desde el punto de origen, es decir la historia de forma sucinta, concepto, de igualdad y discriminación, analizando el hecho de que la discriminación negativa es la más conocida por todos, y a su vez la positiva que es de novísima aplicación en el país, y prácticamente nos encontramos recién conociendo el tema.

En la investigación se puede apreciar, que el tema no solo ha tomado importancia en el Ecuador, sino es tratado en muchas legislaciones, cada una de ellas le ha dado la importancia que a su criterio debe ser otorgada, analizando las que al momento he creído como más cercanas, de acuerdo a la realidad que nos es semejante, lo cual facilita el estudio.

PALABRAS CLAVE:

Discriminación, positiva, negativa, igualdad, derechos, oportunidades, conocimiento, ventajas, tratamiento, temas.

AUTOR:
MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

1.2. BREVE HISTORIA DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA

1.3. COMO HA SIDO TRATADA LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA A NIVEL INTERNACIONAL

1.4. CONCEPTO DE IGUALDAD

1.5. VIGENCIA PRÁCTICA DEL DERECHO DE IGUALDAD EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

1.6. CONTEXTO INTERNACIONAL

1.7. IMPORTANCIA DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

1.8. CONCLUSIONES

CAPÍTULO II.

LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

2.1. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DIFERENTES ARTÍCULOS QUE HABLAN SOBRE DISCRIMINACIÓN

2.2. LOS CONCURSOS PÚBLICOS DE OPOSICIÓN Y MÉRITOS, EL TRATAMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

2.3. ALCANCES Y RESTRICCIONES DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

2.4. FUNDAMENTOS FILOSOFICOS Y ETICOS

AUTOR:
MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.5. FUNDAMENTOS JURIDICOS

2.6 CONCLUSIONES

CAPÍTULO III

AMBITO DE APLICACIÓN

3.1. COMO SE REALIZA LA APLICACIÓN DE ESTAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

3.2. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE ESTA APLICACIÓN, O LA NO APLICACIÓN.

3.3. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL EN LAS INSTITUCIONES PRIVADAS

3.4. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE ESTA APLICACIÓN, O LA NO APLICACIÓN

3.5. ACCIONES LEGALES QUE SE PUEDEN PRESENTAR POR LA INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS LEGALES

3.6. CONCLUSIONES

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN COMPARACION CON EL CONTEXTO INTERNACIONAL.

4.1. BREVE ANÁLISIS DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LAS DISPOSICIONES EN SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

4.2. FORJAMIENTO DE ESTE DERECHO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

4.3. RECORRIDO POR LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL EN LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA.

4.4. SU TRASCENDENCIA EN EL ECUADOR E HISPANOAMERICA



UNIVERSIDAD DE CUENCA

4.5. CONCLUSIONES

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE CASOS PRESENTADOS EN EL ECUADOR Y FUERA DE EL.

5.1. ANÁLISIS COMPARADO FRENTE A LA REGULACION NACIONAL

5.2. CRITICA SOBRE LOS ASPÉCTOS RELACIONADOS AL TEMA

5.3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES FRENTE A LAS REGULACIONES INTERNACIONALES

5.4. CONCLUSIONES

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

AUTOR:
MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.



UNIVERSIDAD DE CUENCA



UNIVERSIDAD DE CUENCA.



DIPLOMADO SUPERIOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

TESINA PARA OBTENER EL DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHOS
CONSTITUCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

AUTOR: MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.

DIRECTOR DE TESINA: DR. ENRIQUE CORREA ALVARADO

CUENCA-ECUADOR

2010.

AUTOR:
MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.



A mi esposo Alex, y mis hijos Giancarlo y María Augusta, fuente de inspiración y superación personal, a mis padres Jaime y Leonor, por quienes siempre voy a tratar de llegar lejos, y no defraudarlos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Agradezco a Dios por las oportunidades que me ha brindado a lo largo de mi vida.

Debo consignar un especial agradecimiento al Dr. Enrique Correa Alvarado, Director de esta Tesina, por la oportuna atención a este trabajo y sus consejos, a Verónica González, una Abogada que con su colaboración me permite culminar mis sueños.

A la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, por brindar estos espacios de superación profesional.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los criterios y opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de la Autora.

AUTOR:
MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.



INTRODUCCIÓN

La Constitución del 2008, nos enfrenta a nuevos retos, el primero es volver a estudiar el derecho Constitucional, pues es la base de todo el sistema, al ser un Estado Constitucional de derechos, y haber retomado la importancia que este tiene es necesario que estudiemos todos y cada uno de los temas contemplados en la nueva Constitución.

La discriminación positiva es tratada como punto central de este estudio, y en ella se ve la necesidad de conocerla, familiarizarnos con el tema, para poder entregar un criterio, el tema es muy extenso, y lastimosamente no se ha contado ni con el tiempo ni con la extensión necesaria para cubrirlo de forma amplia.

He tratado de incursionar en todo el campo de la discriminación, viéndola desde sus posibles orígenes, concepto, de igualdad y discriminación, tanto la negativa que es la más conocida por todos, cuanto la positiva que es de novísima aplicación en el país.

En la investigación he podido apreciar que el tema es tratado en muchas legislaciones, analizando las que al momento he creído como más cercanas

CAPÍTULO I.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

Es importante que primero analicemos que es la discriminación, para luego establecer el concepto de discriminación positiva, y es así que por discriminación entendemos lo siguiente:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

*“**Discriminación** es el acto de separar o formar grupos de personas a partir de un criterio o criterios determinados. En su sentido más amplio, la discriminación es una manera de ordenar y clasificar. Puede referirse a cualquier ámbito, y puede utilizar cualquier criterio. Si hablamos de seres humanos, por ejemplo, podemos discriminarlos entre otros criterios, por edad, color de piel, nivel de estudios, conocimientos, riqueza, color de ojos, etc. Pero también podemos discriminar fuentes de energía, obras de literatura, animales, etc.*

*No obstante, en su acepción más coloquial, el término **discriminación** se refiere al acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades. Normalmente se utiliza para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos por cuestión social, racial, religiosa, orientación sexual o por razón de género. Tomando una parte del artículo 1º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación se clasificarían o se definirían en dos partes.”¹*

El Diccionario Jurídico Anbar, establece que Discriminación es “Acción y efecto de discriminar/Separar, distinguir alguna cosa de otra. En el aspecto social dar trato de inferioridad a determinada persona o colectividad, por razones raciales, religiosas políticas u otras.”²

Es importante que examinemos los conceptos anotados, en los cuales se establecen que la discriminación tiene características como las que enumeramos a continuación:

- a) Acción de separar o formar grupos;
- b) Establece criterios de agrupación;
- c) El ámbito de clasificación es diverso;

¹ Wikipedia la enciclopedia libre Internet.

² Diccionario Jurídico Anbar tomo III pag. 216 Fondo de Cultura Ecuatoriana Primera Edición.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

d) Trato diferenciado por criterios elegidos en la clasificación.

- Por lo que puedo colegir que discriminar es la acción de categorizar a grupos preestablecidos por características que los identifican de otros, esto en un sentido amplio, habla de diferenciar y separar unas cosas de otras, igual sentido se le dará a la agrupación de personas, a quienes se le dará un trato diferente de acuerdo a los parámetros que se establecen para dicha agrupación, por lo que podemos hablar de desigualdad. Las razones que se tienen para esta clasificación pueden ser de muy diversa índole, como aspectos físicos, así veremos que se agruparán a las personas por su estatura, raza, peso, color, situación económica, religión inclinaciones políticas entre las mas conocidas, pero el solo hecho de diferenciar y por ende entregar un trato de acuerdo a las consideraciones antes indicadas es perjudicial pues no podríamos hablar de un trato igual para todos. Existen grupos minoritarios que no están realmente incorporados en la sociedad quienes están discriminados permaneciendo en una posición de “subordinación perpetua” (expresión tomada de *Derecho y grupos desaventajados* de Gargarella), lo cual podemos apreciar en niveles como el económico, grupos menos favorecidos, en la política, en los cuales no cuentan con representación, este tipo de discriminación es la más conocida y palpable, día a día.

La discriminación **positiva** consiste en medidas que se toman para asegurar una igualdad efectiva y no meramente teórica entre los habitantes de un país y está reconocida por los convenios y órganos internacionales protectores de los derechos humanos. Por ejemplo, una ley que dispone que en la contratación de médicos para los hospitales públicos debe cumplirse una cuota del 30% de mujeres, porque tradicionalmente se ha sabido que las mujeres han sido excluidas en los campos profesionales y, en este caso, de la medicina. Este tipo de discriminación es muy controvertida porque hay algunos que piensan que se utiliza un mal para curar otro. Así también, por el contrario, hay otros que opinan que la discriminación no se erradicará con la simple prohibición de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

la discriminación, sino con medidas activas para cambiar las leyes, las políticas y los comportamientos sociales.

La discriminación positiva sería entonces un conjunto de normas que tomadas dentro de la política social conducen a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos. El mecanismo de funcionamiento significa la excepción al principio de igual trato, contemplada en el marco legislativo; esto es: tratar desigual lo que de partida tiene una situación desigual.

1.2. BREVE HISTORIA DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA

Desde la colonización de los europeos en los diferentes continentes, podemos encontrar evidencias de actos discriminatorios hacia aquellos que no tienen la misma tez. En América los colonizadores desconocieron la sabiduría de los pueblos originarios, minimizando sus conocimientos, por el solo hecho de mantener costumbres diferentes, eliminaron casi toda la cultura nativa, tanto en América como en Europa, se trató de igual manera a los africanos quienes sufrieron una vergonzosa esclavitud, se los asimilaba como bienes muebles, sufriendo constantes maltratos y torturas, para sus dueños no eran más que animales como cualquier otro, la única obligación que tenían para con ellos era alimentarlos, pero con el solo fin de que les sirvan mas tiempo y sigan trabajando.

El criterio de este trato y sus razones no las conocemos puede ser por que estos eran letrados, y creían tener el conocimiento pleno, que hacía calificar de salvajes a los indígenas y de animales a los morenos, su sabiduría no fue real ni tan grande que les impidió ver el valor de las culturas milenarias que encerraban misterios que jamás conoceremos, según estos criterios la obligación de los europeos era la de educar a estos seres que no eran ni humanos para ellos, sino inferiores, y puedan entender las ordenes de sus amos, o dueños.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los criterios antes indicados llevaron a que se forjen ideas de superioridad, quienes no encajaban con el tipo "europeo" eran centro de maltratos y su destino solo servir a sus "superiores". Transcurren varios años y al llegar a la independencia cada país que tenía el régimen de esclavitud lo va aboliendo, no de forma inmediata pero si años después, dentro de cada carta Constitucional se abolió la esclavitud, como figura legal, entregándoles una aparente libertad de movimiento, pero el trato y la intolerancia seguían, manteniendo una esclavitud económica real.

Los falsos conceptos de superioridad muchas veces le juega al ser humano una suerte de espejismo al creer y sentirse superior, perfecto, casi un Dios, lo cual hacía que tratara a otros seres humanos como inferiores e indignos. Las batallas por el color de piel o la etnia han sido las más crudas y violentas, grupos indígenas fueron despojados de su propiedad milenaria, pues no contaban con registros escritos que acrediten que aquel bien era suyo, no podían tenerlo pues en principio no sabían escribir, y segundo no era necesario, pues ellos no creían ni conocían en la propiedad individual y la codicia, mantenían sistemas colectivos que los permitían alimentarse y sentirse cómodos, todos estos nuevos sistemas eran ajenos a su cultura, y es así que aquellos que no estaban de acuerdo con lo que proclamaban las constituciones decidieron formar grupos para eliminar de su entorno a los inferiores, alejándolos a su espacio físico, manteniéndoles en lugares que no eran a su criterio rentables.

Así nacieron grupos como el Ku Klux Klan en los Estados Unidos cuyo objetivo primordial es deshacerse de los afro descendientes, a su vez en África se implementó el sistema de "apartheid" que tenía la filosofía de "iguales pero separados". Me resulta muy difícil imaginar lo que las personas de piel morena sentían cuando no les permitían ingresar a ciertos lugares, y usar artículos porque eran para los grupos mayoritarios, peor tratar de obtener educación digna sólo por su color de piel, única razón para ser rechazados.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En nuestro país, son discriminados los indígenas, quienes en tiempos de inicio republicano fueron masacrados, presentándose épocas en las cuales se trataba de desaparecerlos para ocupar sus tierras.

En la actualidad las comunidades aborígenes luchan para que se los respete. Alihuén Antileo, líder de la "Meli Wixan Mapu" Indígena Mapuche en la Octava Región de Chile describe lo que vivió su pueblo durante siglos: "Como pueblo mapuche nos hemos sentido a lo largo de la historia, fuertemente discriminados. Ya en la empresa de conquista, se nos sometió a un régimen que, por supuesto, nos privaba de toda dignidad y respeto. Fuimos atropellados, saqueados, y aniquilados por quienes se consideraban superiores. Ha pasado algo de tiempo ya, sin embargo, la posición de nuestro pueblo sigue viéndose perjudicada. Actualmente, nos encontramos en un proceso de resistencia el que hemos establecido luego de haber visto acabado el proceso de asimilación. Dentro de este contexto, el pueblo mapuche ha llegado ha denominarse 'estado mapuche', y está dispuesto ha luchar por una mayor oportunidad para los suyos (...)En nuestro caso, durante la conquista española, se asesinaron a 64 millones de indígenas con la pretensión de localizar en América una nueva cultura. Para ello había que eliminar a una raza, la nuestra".

Pero al incluir en las constituciones la libertad, y nacionalidad, no aseguró un trato igual, este era solo para los iguales, es decir, si eras negro, indio o simplemente diferente no tenías derechos, estos eran solo para los superiores, dentro de los cuales tampoco había igualdad, pues si eras de género femenino no contabas con derechos como el de expresión, el de voto, entre algunos que son los mas conocidos, la lucha no ha terminado, ahora en la segunda década del siglo XXI se ven rezagos de tratos discriminatorios a todo nivel, y se sigue luchando por establecer la tan ansiada igualdad, o el camino que nos lleve a los más aproximado a ella.

Podemos también hablar y no dejamos a un lado a la discriminación la misma hacia el indígena o de diferente color de piel cuando hablamos de la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

migración, acusándoles por el solo hecho de ser diferentes de todo lo que pasa en dicho país, los males son por ellos. Qué pena que hoy sigamos viviendo esta realidad.

1.3. COMO HA SIDO TRATADA LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA A NIVEL INTERNACIONAL

En la Unión Europea se han concentrado muchos grupos para determinar la gravedad de estos problemas, Así como el estudio de las diversas medidas que los gobiernos al igual que medios de comunicación, incluidas prensa, televisión y radio, han tomado para abordar la discriminación y fomentar la diversidad. Claramente nos indica que existe preocupación sobre el tema de estudio, pero también que se ha puesto en el panel de discusión, que pasa con los gobiernos de cada uno de los países que conforman la Unión Europea. Se ha entregado sendos documentos con un conjunto de recomendaciones dirigidas a los medios de comunicación, las organizaciones de la sociedad civil y a los legisladores sobre cómo desarrollar aún más la diversidad en los medios de comunicación europeos y sobre cómo responder a las necesidades de información de una población cada día más diversa.

La de la Comisión Europea para abordar el problema de la discriminación resaltó la necesidad de prestar especial atención a los enfoques positivos e innovadores que salvarían los obstáculos sistemáticos a los que se enfrentan las minorías étnicas desfavorecidas solicitando la conformación de una Comisión, integrada por un grupo de expertos de alto nivel, quien contó con 10 eminentes personalidades de los negocios, la política local, la sociedad civil, el mundo académico y los medios de comunicación, y estuvo liderado por la ex Presidenta del Parlamento alemán, Rita Süßmuth.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El análisis se centró en temas como prácticas recomendadas para la integración de grupos étnicos desfavorecidos en los mercados de trabajo y en la promoción de conceptos que en la práctica sea de fácil aplicación en esta área. En su trabajo, el grupo presentó un nuevo estudio, así como en las experiencias de anteriores programas aplicados en la Unión Europea.

Este tema se lo verá no solo desde el punto de vista de origen a diferencias de capacidades físicas, tiene más aspectos la discriminación, las tasas de desempleo y subempleo de las personas con discapacidad a menudo son muy grandes en comparación con las de sus pares no discapacitados, a pesar de que aproximadamente una de cada seis personas tiene una discapacidad. Esta disparidad está dada en función de la desigualdad que ha impregnado a las políticas sociales, el acceso a la educación, la capacitación y el empleo, así como la actitud de la sociedad, y es así que tanto los Estados Unidos como el Reino Unido han aprobado leyes contra la discriminación de las personas con discapacidad durante la década de los años 90, el Acta de Estadounidenses con Discapacidad de 1990 (ADA) brinda protección en cuanto a empleos, acceso a bienes y servicios y acomodo público. El Acta contra la Discriminación de Discapacitados de 1990 (DDA) proporciona protección similar en el Reino Unido.

Para esto se ha preparado a personas expertas y con una nueva visión recursos humanos profesionales los responsables de reclutar, seleccionar y realizar otras prácticas laborales que afecten la contratación y retención de trabajadores con y sin discapacidad.

Muchas de las organizaciones o empresas están respondiendo a sus respectivas legislaciones anti-discriminación mediante acomodamientos o ajustes necesitados por los solicitantes de empleos y los empleados con discapacidad, incluyendo ser flexibles en las políticas de Recursos Humanos y dar accesibilidad a las instalaciones existentes. En los Estados Unidos, frente a Gran Bretaña e Irlanda del Norte, ha demostrado mayor aplicabilidad de las medidas, los primeros llevan un registro de la información de los



UNIVERSIDAD DE CUENCA

acomodamientos y ajustes, una vez más hubo diferencias significativas entre países. Por lo general, es más raro llevar registros en Irlanda del Norte (56% no llevan registros de los ajustes) y Gran Bretaña (35% de los encuestados no llevan registros), en comparación con sólo un 13% de estadounidenses que no llevan registro de estos datos.

Centrándose al tema no solo hablamos de la discriminación hacia los discapacitados, debo decir por lo estudiado que en la actualidad la discriminación racial en Estados Unidos no sólo se mantiene sino que se ha expandido.

Prejuicios y el maltrato hacia la población de color siguen siendo moneda corriente y a esto se suman la discriminación hacia otras religiones y países. Luego del atentado a las Torres Gemelas y gracias a la Guerra de Irak se ha asentado un fuerte rechazo hacia cualquier persona que parezca tener o tenga origen asiático. Por el total desconocimiento hacia estos países se los juzga a todos con las mismas reglas.

Cualquiera de ellos es terrorista, provenga de la India, de Persia del mismo Irak, o cualquier otro país, para los americanos, todos son terroristas que quieren destruir la nación. El miedo, o la ignorancia y el prejuicio se unen en contra de todo aquel que sea diferente. Cada estado está tomando sus propias medidas en contra de los inmigrantes, es así que en el Estado de Arizona se han aprobado medidas completamente represivas a personas que tengan rasgos físicos a los de los naturales de ese país, y con solo esas características como base podrán ser detenidos, hasta que demuestren que su estadía es legal en ese país, lo cual confirma lo dicho anteriormente que si existe una mayor acentuación en los temas raciales.

Los indígenas; afro latinos, incluidos en estos lo caribeños durante muchos años han sido excluidos, viviendo actualmente en situaciones de pobreza, en cuanto a la población regional entre gente morena y mestiza alcanza a un



UNIVERSIDAD DE CUENCA

30%, en cuanto a los indígenas existen como 400 grupos étnicos, ubicados en casi todos los países de América latina, llegan a casi 150 millones de personas, quienes presentan niveles de acceso a la salud, empleo, educación y justicia, con representación política minoritaria, dejando sus tierras en busca de oportunidades en las ciudades más grandes, lugares en los cuales encuentran trabajo de baja remuneración, por lo tanto baja calidad de vida.

Países a los cuales han llegado gran cantidad de personas con rasgos africanos o indígenas no son bien vistos en países como Chile, frente a la migración peruana; argentinos frente a los bolivianos, o venezolanos frente a la migración colombiana, por enumerar algunos ejemplos. La pobreza de estos grupos étnicos, una de las más importantes es la pérdida progresiva de las tierras, y por lo tanto las economías comunitarias se han visto muy deterioradas, por la migración, cifras alarmantes que ha entregado la CEPAL, como el hecho de que en Bolivia de cada mil niños setenta y cinco morirán al año por desnutrición, sin llegar al primer año de vida; en México los estudios demuestran que el cincuenta por ciento de viviendas de los indígenas de regiones no tienen el servicio de luz; el sesenta y ocho por ciento no tiene agua ni siquiera entubada, el setenta y seis por ciento mantiene en sus viviendas el piso de tierra.

Como he indicado antes estos son estudios que demuestran a través de números una realidad que afecta a un gran número de seres humanos que en varios países latinoamericanos se presentan aun en el siglo XXI, el llamado progreso y grandes proyectos que llevan a desarrollar el adelanto de los pueblos ha llevado a que tierras ancestrales sean inundadas para la construcción de represas de agua, que generan producción eléctrica, como en el caso chileno en la Octava Región, dejando a la población sin su modo de vida, sin un lugar de trabajo, sin identidad, obligando a una migración y a las condiciones de vida antes indicadas, y cuando al llegar a las ciudades grandes por el lógico desconocimiento de ese sistema de vida se ven afectados en cosas que para aquellos ciudadanos es normal para estos sea



UNIVERSIDAD DE CUENCA

completamente ajenos a sus costumbres y su cultura, perjudicando en aspectos tan importantes como olvidar sus valores y dejarlos guardados por vergüenza por lo que aquella demostración sería objeto de burla pues el desconocimiento de esta lo hace ver como ignorancia, aunque también debo indicar que existen fuertes movimientos que nos demuestran la importancia y el valor de la cultura ancestral, y la falta de apertura nuestra al no entregarles el valor que se merecen; por todo esto se discrimina a los indígenas y se los trata como si fueran personas de segunda clase sin derechos y sin esperanzas, nacidos para vivir y desarrollarse en este sistema casi de castas inamovibles.

Con el paso del tiempo se les ha integrado al sistema de educación, pero a la educación impuesta por el gobierno central de cada país, dejando de considerar lengua y cultura de cada uno de estos pueblos, debiendo expresar que hay países como Bolivia, Guatemala, Perú Ecuador entre algunos, que han tratado de reivindicar esta actuación y dar la importancia a los temas que son parte de la cultura y costumbres de cada etnia, siguiendo con los número debo indicar que en Ecuador el 50% de la población indígena es la que accede a la educación primaria, y superada esta se reduce el número al 15% de educación secundaria, llegando tan solo el 1% va la Universidad, así mismo debo decir que la lucha de esta población ha sido de alguna manera reconocida en las Constituciones de algunos países.

En Brasil la cosa no se ve mejor para la población morena, pues ellos son los que de mayor forma han sufrido el desempleo, bajos salarios, con oportunidades de mejorar su situación que actualmente casi son mínimas, es difícil ver que en este país los afro descendientes cambien su futuro si el país no cambia esta manera de tratarlos y se equipare a la lucha realizada por los indígenas dándoles a ellos los derechos y el trato merecido, siendo por lo tanto más discriminados hoy en día que la población indígena. Es importante destacar que se avanza al respecto aunque a mi concepto de forma muy lenta, y que las Constituciones de los países integren este tipo de reconocimiento étnico racial dentro de su cuerpo legal principal, tal y como lo señala el



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Convenio 169 de la OIT, y se incorpore al ciudadano sea cual fuere su origen racial a una sociedad que en su conjunto lucha por sus derechos, su ambiente sano y progreso igualitario.

1.4. CONCEPTO DE IGUALDAD

Dentro del Diccionario Jurídico Anbar Tomo IV, página 100 no indica “Del concepto genérico, como conformidad de una cosa con otra en naturaleza, calidad o cantidad, se desprenden diversas consecuencias que pueden afectar al orden jurídico. La primera de ellas tiene su origen en la determinación de si la idea de igualdad representa una realidad o una teoría. No puede llegar ser a una conclusión sin distinguir entre un hombre considerado en sus condiciones naturales, como criatura humana, y el hombre en relación a sus características, como integrante de una sociedad organizada. En primer sentido no puede decirse que exista igualdad, aun cuando se dé semejanza, porque no todas las personas tienen el mismo grado de inteligencia, de fortaleza, de belleza, de iniciativa, de valor. De estas diferencias se deriva una consideración distinta de los seres humanos frente a la ley, debiéndose tomar esta afirmación en el sentido de que, mientras unos tienen plena capacidad para gobernar sus actos por si mismo; otros, en razón de la edad, de la diferencia mental o de enfermedad, y hasta en ocasiones del sexo, no tienen capacidad para actuar jurídicamente, o la tienen disminuida. Inclusive frente a un mismo hecho delictivo, esa misma diferencia de condiciones puede llevar desde la plena imputabilidad del acto, hasta la absoluta inimputabilidad. De allí que el concepto igualitario esté referido a las personas de características ya que no idénticas porque ello es imposible, alas que tienen características semejantes, dentro de una normalidad natural. Por eso se ha dicho que la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los desiguales.

Esta diferenciación que se encuentra en el orden natural de los individuos,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

repercute en las relaciones sociales y políticas; porque también la situación respecto a ellos es muy diferente según sea la condición de que estén investidos. Todo eso sin tener en cuenta otro género de desigualdades que, como las económicas, no tienen un origen natural, sino social, y que cambian con el régimen político de cada país. Por eso cuando en términos de derecho se habla de igualdad, lo que quiere decir es que la ley no establece distinciones individuales respecto a aquellas personas de similares características; ya que a todas ellas se les reconoce los mismo derechos y las mismas posibilidades. Una consecuencia de esa igualdad es la abolición de la esclavitud y la supresión, en muchas legislaciones, ya que no desgraciadamente en todas, de los privilegios de nacimiento. Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción de credos, razas, ideas políticas, posición económica. Este sentido de la igualdad, que ha constituido un ideal logrado a través de varios siglos y de muchas luchas, se está viendo contrariado en tiempos modernos por teorías racistas que quieren establecer discriminaciones por razones de raza y de color y por los sectarismos religiosos o políticos

El concepto anotado es muy claro, para temas didácticos este se divide en varias partes, la primera es la discusión si la igualdad tal y como se establece es real o una teoría, en términos prácticos diré que es la segunda opción, en la realidad no se puede tratar a todos por igual, ejemplo, en el caso tributario, penal, civil, laboral, depende del caso concreto, si es menor de edad tiene diferentes implicaciones en los campos antes indicados, al igual si la persona adolece de alguna enfermedad mental.

El concepto nos lleva a una verdad que es innegable, no podemos ver un trato igualitario de por sí, sino determinando la situación y las condiciones en las cuales se desarrolla, eso hace la diferencia; desgraciadamente se da en la realidad una desigualdad y en base a ella el trato o la solución, para tratar de alcanzar la igualdad formal o ante la ley, que permita una igualdad material.



1.5. VIGENCIA PRÁCTICA DEL DERECHO DE IGUALDAD EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

Es importante que el tema de la igualdad, no se lo trate solo como un principio formal integrado a la Constitución Política, este debe convertirse en un instrumento real, que traspase el ordenamiento jurídico, e integrar las diferencias y la diversidad como elementos consiguiendo de esta manera que la materia de justicia constitucional avance.

Los derechos a los cuales no referimos como fundamentales han tomado mucha fuerza, como lo hemos indicado anteriormente, “para llegar a donde estamos el recorrido ha sido largo, sin querer decir ni mucho menos que se ha llegado a un final que se considera tema del pasado”, por favor ni de cerca, este es un derecho subjetivo al cual llegamos luego de concientizar mucho los problemas suscitados a lo largo de la historia, está muy apegado al concepto de dignidad, que es aceptado de forma general como un concepto legitimado y universal, ligado a los derechos humanos.

La lucha por la llamada dignidad igualitaria se ha ido tornando esencial; gracias a la gestión propia de los grupos desprotegidos como minorías culturales o étnicas y las mujeres, que han sido considerados o tratados falsa y despectivamente como disminuidos, incapaces, son los llamados y tratados como ciudadanos y ciudadanas de segunda clase, y que, si además estas personas son pobres, se les ha asignado el desempeño de papeles sociales subordinados o sometidos.

En el siglo XIX la corriente liberal, impulso a la ley el carácter de general y obligatorio para todos; principio que lo extendió al de la igualdad, se prohibió, toda forma de diferenciación, se pudo apreciar el disfrute de los derechos económico, social y cultural sobre lo humanos que han presentado grandes desequilibrios e inequidades, lo cual ha llevado a desigualdades socioeconómico, en razón de la capacidad económica.

Del análisis del tema puedo indicar que en una sociedad con cultura hegemónica y excluyente, es más fácil observar que se han agudizando las discriminaciones de orden económico, sexual, de género, social racial o étnico, la lucha por la igualdad como valor relacional se constituye en una aspiración constante de la humanidad.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Este tipo de visión, no puede llevarnos a considerar a todos por igual y tratarlos de esta manera debemos estar consientes de las distintas particularidades y sin dejar ningún margen para las diferencias.

Es indudable que no todo trato diferente es discriminator, pero sí tiene que tener una inequívoca justificación objetiva y razonable, el hecho discriminator se ha ido identificando con una acción positiva, la mayoría de la población se encuentra en desventaja económica o material, frente a una minoría, por lo cual debe otorgárseles de garantías que permitan igualar las condiciones, no podemos hablar ni en el Ecuador ni en ninguna parte del mundo de una igualdad idealista que en la realidad no se puede dar.

Por todas la razones expuestas, sobre todo porque al seguir ignorando esto dejamos a un mayor número de gente en desventaja, y sin oportunidades de un futuro mejor, es por esto que me permito traer a este punto una sentencia que considero por demás oportuna en este momento “ No se considera discriminatorio que, a fin de promover real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer” Sentencia No. 216-91 del Tribunal Español.

La solución para esto y acogiendo lo que manifiesta esta sentencia es que a través del poder Legislativo se incorpore en las normas legales artículos en los cuales se de una efectiva igualdad usando los métodos de la discriminación positiva.

En países que tienen este sistema más desarrollado a nivel jurisprudencial han manifestado que las situaciones iguales deben ser tratadas de esta forma, pero en situaciones desiguales deben ser tratadas diferentes, y en casos análogos no seguir el camino tratado sino otro que permita ver esta diferencia, en la Constitución del 2008 podemos ver que en los Arts. 3 numeral 1 y 11 numeral 2, se establece como deber del Estado, y me permito copiar textualmente:

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



UNIVERSIDAD DE CUENCA

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-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.”

1.6. CONTEXTO INTERNACIONAL

A lo largo del análisis de la discriminación, tanto a nivel nacional o internacional, puedo decir que es importante que se aprecie la lucha por disminuir los abusos que se presentan por reconocer las diferencias, que estas son y van ha ser una constante y en base a ellas debemos seguir, es así, que en el contexto internacional, en los países varían los motivos de discriminación conforme analicemos las características internas de cada uno de ellos, es así que si vemos que en Estados Unidos la lucha mayoritaria ha sido contra la discriminación racial, en un principio entre negros y blancos, por muchos años, sin tener un fin específico, quizá podremos hablar de una disminución, pero no del fin de esta lucha, luego se traslada a la discriminación pero en contra de los latinos, lo cual está en pleno apogeo, con profundos resentimientos y necesidades, de las partes, pero sigue.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En un tiempo podemos hablar de la lucha por no ser discriminados por alguna enfermedad, la más sonada, por el hecho de haberse presentado en la época en la cual los medios de comunicación se habrían posesionado y es el del SIDA o VIH en ese país. Fue muy importante el dar a conocer la enfermedad y sus consecuencias, para evitar siga contaminándose a las demás personas, esto hizo que el miedo se apodere de todos y eviten encontrarse siquiera con aquellos que sean portadoras de este virus, peor aun que trabajaran junto a ella pues compartían su oxígeno, sus espacios de aseo, etc., por lo cual se origino una suerte de paranoia y despidos por sospechas, logrando a nivel e Corte de Justicia equiparar la situación y evitar que la gente que a más de sufrir por esta enfermedad quede si recursos para su tratamiento, al encontrarse desempleada. Sin indicar que se dieron las cosas de forma ideal, podemos decir que se evitó estos abusos y se consiguieron indemnizaciones significativas, esto está lejos de haber terminado también, pero con los medicamentos que hay hoy en día en el mercado se ha logrado dar mejor calidad de vida a los enfermos de SIDA. Para que decir lo que ha sucedido con la lucha que se ha presentado por el acceso a los diferentes inmuebles que han dado los discapacitados, en ese país, con todo esto me ratifico en que la lucha sigue y queda mucho camino que recorrer.

En cuanto a los países de Latinoamérica, se ve una constante lucha sobre todo a nivel de mujeres y grupos minoritarios y casi llevamos un camino igual, tan es así que se ha incrementado el ingreso de mujeres a actividades que exclusivamente eran de hombres, por diferentes razones sobre todo el de migración de los varones a países desarrollados, lo cual ha permitido que la mirada que se daba cambie y se ha visualizado caminos un poco mas armoniosos en este sentido.

1.7. IMPORTANCIA DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

AUTOR:
MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En casi todo el planeta, podemos ver que se hacen planteamientos y se defiende por varios sectores la no discriminación a cualquier nivel para lograr la igualdad de todos los seres humanos. No abundo más en el concepto de discriminación pues está desarrollada con anterioridad.

Discriminar a las personas por cualquiera de las razones indicadas de forma negativa es completamente irracional. Si bien es cierto existen situaciones en las cuales queremos aplicar y entendemos estas diferencias, tal es el caso que el trato que da la ley en la comisión de delitos, pago de impuestos o calificación para el desarrollo de actividades, no puedo negar que esto nos permite seguir el indeseado camino de discriminar, pero de forma positiva, sea esta afirmativa o negativa, igual me encuentro en ese momento discriminando. Porque no podemos ver que al entender las diferencias podemos integrar a todos en cada uno de los espacios como se espera y no dejar a grupos sin acceso a educación, salud, a mejorar el nivel económico, conseguimos tomar precauciones a un nivel muy general, sobre aspectos que ayuden a mejorar a través de integrar a todos los miembros de una sociedad, pero por ningún motivo podemos medir a todos con la misma vara, es por esto que la ley ha visto en la necesidad de incorporar la discriminación pero viéndole desde el punto de vista de inclusión en base a la valoración de la diferencia, llegando a una equidad aparente que es el lugar en el cual radica la igualdad. Estas medidas si son bien aplicadas, son positivas y procuran el ingreso de minorías al sistema, he aquí la importancia de esta, que mirada desde este punto de vista es integradora en base a las diferencias, pero debemos ver también el que la sociedad se eduque en este sistema porque la sensación de injusticia se mantiene y no se puede trabajar si no existen las bases para que este tema se desarrolle; así pues el permitir que mujeres que no han tenido la oportunidad de salir a realizar estudios ingresen a trabajar cuando no pueden justificar el tiempo mínimo de ejercicio profesional, pues los primeros años lo han dedicado al cuidando a sus hijos es muy meritorio, y así podríamos poner muchos ejemplos, este sistema que permite decir que el tema en discusión es importante pero hace falta más debates, y hacerlo notorio para que sea



UNIVERSIDAD DE CUENCA

entendido, pues con los cambios constitucionales se ve la necesidad de difundir estos principios que no son de conocimiento general, pero por su importancia deben ponerse a la discusión y enriquecer los conocimientos y criterios sobre esta nueva tendencia en el país, es por importante que se observe el art. 65 de la Constitución que dice:

“Art. 65.- El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados.”

1.8. CONCLUSIONES

En este capítulo hemos podido ver cuál es el concepto de discriminación, posibles orígenes, tratamiento histórico, y la evolución. El concepto tal y como lo hemos visto es claro, permite que entendamos la acción en su sentido más amplio y real, a raíz de la reforma de la Constitución del 2008, se empieza a escuchar sobre la discriminación positiva o medidas de acción afirmativa, y podemos decir nuevamente que el acto de discriminar por sí y para sí es malo, no podemos incluir en el mismo concepto de igualdad a todas las personas, debemos apreciar las diferencias, pero no para segregarlos de la sociedad, diferencias que deben ser observadas para buscar cómo integrar a la sociedad a la mayor cantidad de ciudadanos que disfruten de los mismos beneficios, me permito hacer una crítica en este instante, pues al mismo tiempo vemos que al aplicar la discriminación positiva seguimos haciendo separaciones, diferencias que a la larga benefician a unos grupos y enojan a otros.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La Constitución contempla normas de inclusión social, como lo podemos ver en los artículos 65 y 70 de la Constitución, el cómo debe hacerse incumbe el análisis profundizado con una responsabilidad y conocimiento en la materia que hasta el momento no lo he podido apreciar; Es a raíz de tratar de actualizar mis conocimientos en derecho constitucional que puedo entender los conceptos, pero a nivel general la mayoría de personas no tiene el suficiente conocimiento sobre el tema, y de pronto se juzga como una injusticia, cuando no puede acceder a ciertos campos de trabajo en las mismas condiciones, viendo desde su óptica, que se “favorecen” a grupos minoritarios como el de los morenos, indígenas, mujeres, porque no hay igualdad se escucha, esa de la cual se habla en la Constitución, pero esta no existe tal y como imaginamos, el día a día de personas y en realidades tan diversas como las que tenemos todo el tiempo frente a cada uno de nosotros, nos permite decir que la vida no es copiar y pegar de las cosas y no pasa nada, el mundo en realidad es diferente y dentro de este encontramos tantas situaciones que impiden que los ideales de igualdad sean cristalizados tal y como se han planteado, debemos trabajar para que esta realidad nos permita dentro de cada diferencia insertar a la mayor cantidad de ciudadanos en el contexto de la ley.



CAPÍTULO II.

LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

2.1. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DIFERENTES ARTÍCULOS QUE HABLAN SOBRE DISCRIMINACIÓN

La Constitución del 2008, establece dentro de diferentes artículos reglas claras sobre la no discriminación y el trato igualitario de los ciudadanos ecuatorianos frente a la Ley, por lo cual me permitiré acompañar las partes pertinentes de cada una y el desarrollo de los artículos en los cuales se habla específicamente de la igualdad y no discriminación, por lo cual parto por el art. 3 .1, de este cuerpo legal que manifiesta:

“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.”*

Dentro de las garantías y deberes que el Estado está obligado a brindar, se encuentra la garantía de trato igualitario entre todos los ecuatorianos, prohibiendo la discriminación de forma expresa, esto por supuesto quiere decir que no podrá bajo parámetro alguno proceder de forma contraria a lo que este cuerpo legal de primer orden manda.

“Art. 11.- 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-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar



UNIVERSIDAD DE CUENCA

VIIH, 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”.

Este artículo en su numeral segundo, es clarísimo no tiene opción, no puede existir la discriminación, bajo ningún parámetro se la puede consentir, lo cual va de la mano con lo que hemos venido estudiando dentro del contexto mundial, la intención es unirse a esta lucha y tratar de disminuir la discriminación negativa potenciando la discriminación positiva a favor de los grupos históricamente discriminados, pero si leemos detenidamente el artículo podemos ver que no solo son aquellos grupos sino este artículo es muy amplio en el espacio que abarca, habla de una sanción para todo tipo de discriminación, lo cual es importante, porque no limita a solo un tipo conocido de discriminación, sino deja el espacio abierto a figuras que incluso aun no se conocen. El problema sigue siendo, el cómo y cuándo de las medidas de acción afirmativa para incluir a las personas que tengan una situación desigual, es decir si no se hace algo será un mero enunciado.

Cuando hablamos de derecho a la comunicación e información, nos dice el Art. 16 ib *“Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho...”*, esto por supuesto es inclusión y un tratamiento igualitario a todos los ciudadanos ecuatorianos frente a la comunicación, que al igual que el artículo siguiente determinan un trato igualitario sin opción a realizar una diferenciación por motivo discriminatorios, es un tema muy parecido cuando hablamos de educación y cultura, artículos 23 y 26 ib.

“Art. 47.- 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.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

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”.

De este mandato si se encuentra en desarrollo a través del Ministerio de Relaciones Laborales y sus direcciones provinciales, quienes han realizado y siguen haciéndolo, a través de inspecciones a diversas empresas en las cuales debe cumplirse con el porcentaje de trabajadores con capacidades diferentes frente a los que están con todas sus facultades, por lo cual debemos decir que si se está trabajando sobre esta garantía constitucional.

“Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.”

En cuanto a los derechos de libertad, se establecen las garantías



UNIVERSIDAD DE CUENCA

constitucionales suficientes como para poder determinar que no puede existir bajo ningún concepto disminución de los mismos, y menos discriminación, es así que en artículo 66.4 establece la igualdad formal material y la no discriminación, así como la igualdad en el manejo de la sociedad conyugal, no estará ninguno de los cónyuges por encima del otro, lo cual es un avance muy importante dentro de este aspecto, art. 69.3, cuando se habla de propiedad vuelve al tema de la sociedad conyugal y el de igualdad, art. 324.

Pero no solo se establece esta obligación para con el Estado, sino que todos los ecuatorianos debemos realizar como obligación y responsabilidad también los actos en contra de la discriminación y promover la igualdad, así en el Art. 83.10 establece de forma clara el promover las relaciones interculturales y la igualdad, en cuanto a la participación política podemos ver en el Art. 95 que pueden ser todos los ecuatorianos en igualdad de condiciones, y a través de la representación que cada uno puede tener en los diferentes grupos políticos reconocidos en el país, en igualdad de condiciones siempre, y en representación art. 116.

Para un mejor control de estas garantías la Constitución en el Artículo 156 establece los Consejos Nacionales para la igualdad, que al ser órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en este cuerpo legal así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, quienes ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley, para lo cual deberán coordinar con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno, la integración de estos consejos será de forma paritaria, por representantes de la sociedad civil y del Estado, y estarán presididos por quien represente a la Función Ejecutiva. La estructura, funcionamiento y forma de integración de sus miembros se regulará de acuerdo con los principios de alternabilidad, participación democrática,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

inclusión y pluralismo.

Cuando hablamos de los derechos de los trabajadores, la inclusión al sistema laboral activo será en igualdad de condiciones, así como la remuneración, prohibiendo de forma expresa dentro de los procesos de selección la discriminación, art. 329 inciso 4.

Es importante que hablemos del Artículo 341 en el cual se habla de forma clara sobre el tema de discriminación cuando prohíbe esta y establece que es importante que se tomen las medidas necesarias para que se proteja a los grupos que requieran de consideración especial, o sea, aquellos que tienen menores oportunidades, de esta forma el Estado da por sentado de forma expresa la obligación de incluir a todos los ciudadanos en el sistema, y no es posible que se deje de actuar en esta área, mediante la aplicación de sistema especiales que actúen de acuerdo a la ley.

En cuanto a la educación, se establece garantías diversas y entre ellas la igualdad de acceso, en cuanto a los diferentes niveles de educación, no podrá por lo tanto discriminarse a ninguna persona por ningún concepto tampoco en este aspecto, al contrario deberá procurar el Estado los mecanismos para que el mayor número de personas se incluyan en el sistema de educación, artículos del 348, 351, y 356.

2.2. LOS CONCURSOS PÚBLICOS DE OPOSICIÓN Y MÉRITOS, EL TRATAMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

Con la vigencia de la Constitución del 2008, se han tenido que elaborar en el país normas que se enmarquen dentro de respeto a la igualdad y den paso a normas positivas beneficiando a grupos que se encuentran en menores condiciones para el ingreso a puestos mediante el concurso de oposición y méritos, el artículo 425 de la Constitución establece el principio de supremacía constitucional, siguen en su orden los tratados de Derechos Humanos, y convenios internacionales, leyes orgánicas, leyes ordinarias, las normas



UNIVERSIDAD DE CUENCA

regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

De acuerdo a lo indicado en el artículo anterior se ha dictado la resolución por parte del Consejo de Participación Ciudadana 02-61-2009, en la cual se regula la participación y calificación con normas de discriminación positiva, *por la que se aprobaron los reglamentos para el Concurso Público de Oposición y Méritos para la Selección y Designación del Defensor o Defensora del Pueblo; para el Concurso Público de Oposición y Méritos para la selección de las y los Miembros Principales y Suplentes del Tribunal Contencioso Electoral; para el Concurso Público de Oposición y Méritos para la Selección y Designación de la primera Autoridad de la Defensoría Pública General; para el concurso Público de Oposición y Méritos para la Selección de las y los Miembros Principales y Suplentes del Consejo Nacional Electoral; para el Concurso de Oposición y Méritos para la Selección y Designación del Contralor General del Estado; para el Concurso de Oposición y Méritos para la Selección y Designación del Fiscal General del Estado y para el Concurso de Oposición y Méritos para la Selección y Designación de las y los Vocales del Consejo de la Judicatura*".

El artículo de esta resolución es el que a continuación se transcribe y dice "Art. 21.- Acción Afirmativa.- En la evaluación y calificación de méritos de las y los postulantes se aplicarán las medidas de acción afirmativa que promueven la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad. La calificación atribuida como acción afirmativa se aplicará sin que se exceda la nota máxima del puntaje asignado a la evaluación por méritos. Será máximo de dos puntos y se aplicará a una sola de las siguientes condiciones:

f. Persona con orientación o identidad sexual pertenecientes al grupo GLBT, acreditado con declaración juramentada o certificado de organizaciones GLBT".

AUTOR:
MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Las siglas antes transcritas significan, gays u homosexuales, lesbianas, bisexuales y travestis, no es mi ánimo el discutir, pero me pregunto, Que pasa con aquellas personas que no tienen esta tendencia sexual, sobre aquellas que si las tienen, porque de cierta manera se les premia a aquellos que se manifiestan dentro del grupo GLBT, porque a una profesional que se sacrificó en busca de su realización personal y obtuvo el título se lo discrimina por no ser lesbiana, eso a mi parecer no es lo correcto, se están premiando estas tendencias entonces.

Si bien es cierto puedo decir que discriminar entonces sería seleccionar excluyendo, si desde el Estado se realiza búsqueda de personal para puestos específicos, llámense a estos de Médicos, Abogados, Ingenieros, etc, esta aludiendo a situaciones especiales y personales de cada uno, fruto de un esfuerzo, intelectual, financiero, que lleva a un individuo a capacitarse para determinada actividad, de aquí que seleccionar al candidato más apto es solo ver condiciones personales de cada individuo y calificarlo por ello, pues estamos discriminando sin poder hacerlo, el concurso de oposición es una manera de buscar a los mejores, frente a los que no lo son, y además premiarlos con un empleo por su real capacidad, hay casos de discriminación positiva de forma directa en la cual se dice que el empleo será para personas con capacidades diferentes, lo cual en si es discriminación al fin.

Por todo esto y siendo muy concienzuda en lo que digo no encuentro al sistema de oposición y meritos muy constitucional que se diga, pues siempre esta de alguna manera discriminando, y otorgando rasgos y premios a personas que no tienen el por que ser premiadas por una u otra situación, como es el caso del grupo indicado al inicio de este punto. No es cuestión de homo fobia ni mucho menos es cuestión de ser reales en la manera de entregar criterios a la sociedad, premiando situaciones completamente extra curriculum, lo cual no favorece ni incentiva al desarrollo de las capacidades de los ciudadanos dentro de la academia, así como acentúa la sensación de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

diferencias entre los grupos sociales, debo expresar también que el trato diferente no es discriminación, solo cuando en él se encierra trato diferente por condición sexual, raza, etc.

2.3. ALCANCES Y RESTRICCIONES DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

Se llaman normas de discriminación positiva o inversa, pues con estas normas se pretende compensar a grupos de personas que no han tenido el mismo número de oportunidades para contar o no con el acceso a empleo, la norma de igualdad jurídica permite que se le de el trato igualitario a todo individuo dentro del marco general, y en forma específica se le brinde un aporte que le permita aquel que tiene una situación distinta una oportunidad de acceder a este nivel de consideración por su diferencia.

Si bien es cierto que a nivel general se han estampado normas que no están dirigidas a un grupo específico, sino a todos los ciudadanos como es el caso de la Constitución del Ecuador, a todos los Ecuatorianos, pero a nivel personal, cada uno de nosotros se lo puede considerar como un sujeto único e irreplicable, que nos permite decir que no hay réplicas, pues por más que tenga hijos o descendencia es una persona completamente diferente que contará con una carga genética, pero que no será una réplica del original, al no poder repetir ciertas características puede tener menos de estas capacidades individuales, o un potencial mucho mayor, el principio general de igualdad pretende por todo esto compensar o equilibrar a aquel que no cuente con las mismas capacidades que el otro, mediante la aplicación de normas distintas denominadas actualmente discriminación positiva o normas positivas, para contra restar la histórica desigualdad o normas negativas que se encontraban dentro de la actuación de todos los pueblos, la actuación con normas positivas, le permite al estado ha llegado a ser parte de una actuación compensatoria de todos los estado frente a aquellos que han tenido una suerte diferente, promoviendo con todo esto una integración social, y por lo tanto un desarrollo individual de todos los grupos sociales que no han tenido



UNIVERSIDAD DE CUENCA

este apoyo anteriormente.

Visto desde este punto de vista es indudable que la norma es positiva, ¿pero qué pasa con la constante separación, en varios subgrupos que antes no existía?, dejando a una mayoría evidente en la indefensión, y compensando a diferentes grupos de minorías que no alcanzan a cubrir todos los espacios.

Como se puede entregar el criterio de que las cosas están bien, sino se siente esto a nivel general, desde mi perspectiva de mujer, no puedo dejar de pensar que no es mas fácil acceder a fuentes de empleo sino con sacrificios más grandes que un varón, pero sé que no por el solo hecho de mi sexo puedo tener más privilegios que otro profesional con una preparación similar pero que es hombre, esto me deja con la misma sensación, porque no puedo apreciar que en este sistema se esté apreciando mis conocimientos, sino a lo mejor estoy siendo parte de una medida compensatoria que evitará una sanción, sin más ni mas pues no se conoce sobre este tipo de normas llamadas positivas a nivel general, ni siquiera dentro del sector público, el conocimiento es mínimo.

Por lo que debo indicar que el hecho de que mientras esta Constitución no sea conocida por un mayor número de personas hace que sea de más fácil aplicación y efectivo cambio frente a lo que se ha conocido a lo largo de los tiempos en nuestro país, y en el mundo.

2.4. FUNDAMENTOS FILOSOFICOS Y ETICOS

El principio de los derechos humanos lo podemos encontrar en la doctrina cristiana, el cual dice cuidar el desarrollo interior de las personas, lo cual nos lleva a tener una mejor calidad de vida, que los individuos estarán sujetos a un comportamiento digno y no dejarán de tratar a los demás ciudadanos como hermanos, es así que cuando estamos compartiendo una teoría en la vida compartimos actuaciones, las cuales nos permiten estar dentro de un sistema que brinda mayor tranquilidad en cuanto a la actuación de las personas,

AUTOR:
MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

quienes encierran dentro de sí un conjunto de principios y valores que ayudan a desarrollar nuestro contorno, la dignidad de las personas, es un valor intrínseco de los seres humanos, que no admite negociación alguna, la dignidad de acuerdo al pensamiento deontológico es algo que es intrínseco en el ser humano, mientras que dentro de la filosofía cristiana es parte de la persona que no puede perderla, y la mantendrá mientras sea un ser humano, y no esté muerto, son las características para que siempre esté con uno este valor, no puede por lo tanto estar por debajo de otro valor, y este le indica el sistema de vida y como debe actuar.

Unir la Ética a la Vida, es la raíz de toda Ética se han llevado a cabo desde siempre. El capitalismo de libre mercado, se exigen nuevas relaciones económicas, financieras, sociales, políticas, culturales y por supuesto también éticas, es por esta razón que se habla hoy en día de la Ética global que será a la medida del mundo tecnológico actual, y no a la medida de épocas pasadas. Se prevé una Ética a la medida del hombre, que por supuesto no lo trascienda y se quede en su mismo plano sin aceptar antiguos mitos ya superados de seres superiores que norman la conducta humana, el método tradicional de acuerdo y los mandamientos de Dios daban la pauta para actuar, ahora podemos hablar de los derechos humanos y se dice que se saca conclusiones contrarias a los mandamientos, por ejemplo, diciendo que se tiene derecho a controlar los nacimientos, por tanto se legitiman los anticonceptivos, por lo que se dice que se adapta la realidad a los preceptos religiosos o morales de hoy en día, con principios básicos, conocidos por la generalidad de las personas, principios como el respeto a la vida, no solo a la propia sino con mayor énfasis a la de otras personas. Actos como los sucedidos en la Alemania Nazi no pueden darse otra vez.

Con esta concepción cartesiana el camino nos lleva a la plena independencia y autonomía del hombre, pues el hombre en sí mismo sería su mismo proyecto, esta forma de pensar le haría ver que cada uno sería su proyecto futuro; y en el mejor de los casos, a la manera de Engels, el "ateo piadoso", su proyecto sería



UNIVERSIDAD DE CUENCA

el mito resultante de la multiplicación de sus propios deseos hasta el infinito matemático. Kant por su parte, al negar la posibilidad de acceder al "noùmeno" (concepto para referirse a una intuición intelectual no a una intuición sensible) se extiende en la Ética a una subjetividad autónoma colectiva y formal con su "Imperativo Categórico". Hegel por su parte le da consistencia política a esta subjetividad al poner la máxima realización del "espíritu" en el Estado.

Posteriormente, por el camino de Engels y Marx "se hará caminar a Hegel con los pies" en el Materialismo dialéctico, teniendo como fuente única de moralidad en la autonomía del Materialismo histórico consecuente, la sociedad sin clases. Sin profundizar en este tema de forma concreta debemos decir que tanto en el plano ético como filosófico la discriminación como tal no ha sido bien vista, no podemos segregar a ninguna persona bajo parámetro alguno, y ahora más cuando existe mayor conocimiento y conciencia de los derechos humanos y de la necesidad de incorporar a todos al sistema y encontrar el espacio necesario, así como la compensación a todos los problemas causados por la discriminación negativa.

2.5. FUNDAMENTOS JURIDICOS

En el análisis de la fundamentación ético-jurídica o iusfilosófica de los Derechos Humanos puede establecerse una doble vía, o dos líneas de respuesta completamente opuestas y que, atraviesan la historia del pensamiento filosófico-jurídico. Las dos grandes corrientes de pensamiento son:

- La corriente ius naturalista

Encierra en su seno la existencia de una gran cantidad de escuelas: tomista, escuela del derecho natural racionalista, neotomismo, marxismo humanista etc.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Corriente que tiene carácter metafísico, la cual asevera fundamentalmente la naturaleza jurídica de los Derechos Humanos, para la cual el fundamento del derecho positivo y, de los derechos fundamentales- se encuentra en los Derechos Humanos en cuanto que dicen corresponden, "per se", a la naturaleza humana, respecto de los demás seres, y como atención especial la dignidad, entendida esta. a la condición por la que se merece algo. Tratando de evitar caer en una definición circular, el ius naturalismo afirma que aquello por lo que el hombre se hace merecedor e todos estos derechos es lógica consecuencia de la libertad, pues esta supone racionalidad, posibilidad de autodominio, comunicación, amor y solidaridad.

- La corriente ius positivista

La corriente ius positivista al igual que la corriente que vimos anteriormente sostiene buena cantidad de escuelas: normativismo legalista, etc....

El positivismo es anti metafísico, escuela que afirma fundamentalmente el carácter no jurídico de los Derechos Humanos, esta corriente manifiesta que el fundamento jurídico de los derechos fundamentales se encuentra exclusivamente en las mismas normas de derecho positivo que los reconocen, en esta corriente se puede hablarse de un doble fundamento:

A. Un fundamento último mediato o indirecto

El fundamento último de los Derechos Humanos, lo podemos encontrar en la dignidad del ser humano. Para el ius naturalismo medieval, la esencia individual de cada ser era lo que hacía que el hombre fuese imagen y semejanza de Dios.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En cambio este mismo pensamiento pero en la era moderna el centro es la existencia misma del hombre como ser racional, con posibilidad de realizarse igualitaria, libre y solidariamente junto a los demás seres humanos, disponiendo de si, y junto a los demás, y su derecho y deber es disponer de sí mismo.

Para Bloch la dignidad humana tiene una doble perspectiva:

- La negativa: la persona no puede ser objeto de ofensas y humillaciones.
- La positiva: la afirmación de la dignidad humana significa el pleno desarrollo de la personalidad y la sociabilidad, lo cual a su vez tiene dos dimensiones:
 - El reconocimiento total auto disponibilidad, sin impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre.
 - La autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana.

El pleno desarrollo de la sociabilidad implica una participación consciente, crítica y responsable, al tomar las decisiones de los diferentes colectivos o comunidades de los que el individuo forma parte por una situación natural como la familia, comunidad o por libre elección sindicato, partido político, etc.

Kant es fundamental, pues es quien directamente indica el concepto de dignidad humana, en su obra *Metafísica de las costumbres*, manifiesta, que la persona en si mismo no tiene precio, lo que tiene es dignidad, este es el fin en si mismo, por lo cual es un valor intrínseco y se llama dignidad; Pero es el filósofo de Königsberg, en sus obras "*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*" y "*principios metafísicos del Derecho*" utiliza, como soporte de la dignidad de la persona humana el argumento según el cual "Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, cuando se trata de seres irracionales, un valor puramente relativo, como



UNIVERSIDAD DE CUENCA

medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres irracionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado como medio y, por tanto, limita, en este sentido, todo capricho (y es objeto de respeto). Estos no son pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efectos de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, realidades cuya existencia es en sí misma, un fin". Tomado de notas de clases de diplomado.

En normas de Derecho internacional las cuales regulan los Derechos Humanos es frecuente las referencia a la dignidad de la persona humana, pero en ocasiones esta referencia a la dignidad de la persona humana es incorrecta: caracterizándola impropia, en forma de derecho. Así lo hace, por ejemplo, el artículo 11,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Toda persona tiene derecho ...al reconocimiento de su dignidad.

Otras veces podemos ver que dignidad aparece reconocida como fundamento de los Derechos Humanos. Lo cual podemos ver en muchas normas, nacionales e internacionales entre ellas pueden señalarse los siguientes:

- El Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma -en el primer Considerando- que:
la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad ...
- El quinto Considerando del Preámbulo afirma que:
los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en ...la dignidad y el valor de la persona...
- El artículo primero de la Declaración Universal proclama que:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad...

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma, en el Considerando 1º, que:

los pueblos americanos han dignificado la persona humana...

- El Considerando 2º de la Declaración Americana dice que:

...los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...

Al tener a la dignidad de la persona como valor central, provienen de esta la justicia, vida, libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, que son espacios básicos de la persona, y son valores que determinan la existencia y legitimidad de todos los Derechos Humanos. De esos valores -justicia, vida, libertad, igualdad, seguridad, solidaridad que son indisolublemente unidos por su raíz el valor de la dignidad de la persona.

El centro de todos los reconocimientos y el de la discriminación positiva nace de la dignidad por lo cual si se quiere aceptar la primera escuela o la segunda veremos que la dignidad es básica para el reconocimiento del derecho de igualdad, y de esta la discriminación positiva, no es otra que el reconocimiento jurídico de una realidad natural, pero con diferencias estudiadas lo cual no quiere decir que por simples complejos o falta de conocimiento se puede decir que los ciudadanos no son iguales y que por esto se los trata diferente sino que aquellos que históricamente han mantenido cierta forma de trato desventajado



UNIVERSIDAD DE CUENCA

tiene que brindársele ahora la oportunidad desde el Estado para incorporarse en los diferentes estamentos de la sociedad.

2.6 CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico interno del Ecuador, ha sufrido una modificación, en cuanto al tratamiento y el conocimiento de estas normas afirmativas o discriminación positiva, pues a partir de la aprobación de la Constitución en el 2008, se incluyen en varios artículos normas expresas que prohíben la discriminación negativa, y se establece el reto de implementar normas que equilibren el trato dado a grupos que han sido apartados de ciertas decisiones y beneficios que antes no los había contemplado nuestro sistema jurídico, por lo cual, ahora al ingresar a un concurso de oposición y meritos dentro de las diferentes instituciones públicas, no solo se apreciará la instrucción que dicho candidato tiene, o sea, su hoja de vida, se deberá tomar en cuenta aspectos como, de que estamento económico viene, cual es su orientación sexual, el sexo al cual pertenece, y con todo esto calificarlo y establecer los puntos que se le asigna por dichas situaciones que han sido contempladas para otorgar el beneficio en la calificación.

Lo que sí se debe cuidar es, como hacerlo, pues el ejemplo de una lesbiana de un extracto pobre tiene la misma calificación que una lesbiana rica, situación que conviene a la rica y no da oportunidad nuevamente a la pobre; pero igualmente que pasa con aquella mujer heterosexual, que ha estudiado, se ha esforzado frente a una lesbiana homosexual, es justo que no tenga ni un punto solo por el hecho de no tener una tendencia sexual diferente?, pero en fin así están las cosas, debemos estar consientes que tanto dentro de lo filosófico como en lo jurídico la discriminación en sentido negativo no se puede consentir y es por esto que ahora estamos encaminados de una muy buena forma a una análisis más profundo sobre el tema, y al dejarlo para mañana significaría que no le damos la importancia, pero al haberlo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

incorporado vamos a la par con los demás países que lo han puesto dentro de los temas de más importancia. Ahora está por demostrarse la mejor manera de realizar la calificación pudiendo establecer mejores medidas que dejen más satisfechos en derechos a las partes que se encuentran dentro de la situación, y no el sinsabor de todos los que están dentro de este concurso.



CAPÍTULO III

AMBITO DE APLICACIÓN

3.1. COMO SE REALIZA LA APLICACIÓN DE ESTAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

El derecho constitucional es la disciplina jurídica que más se ha desarrollado dentro de las últimas décadas, pudiendo decir que este camino es hasta cierto modo irreversible, este humanismo que la representa se lo puede apreciar de forma cada vez más vigorosa, dentro de la democracia, que es la vertiente política, y en el derecho que es su inclinación normativa, y ha si seguimos dentro de esta forma de pensamiento y esta forma de actuar, es avanzar en la senda de la paz, pero con libertad y cada vez más igualitaria y compensatoria.

Todas las instituciones públicas tienen la obligación de aplicar las normas constitucionales dentro de su ordenamiento y sus disposiciones, deberán acoplar estas disposiciones en su forma de actuación es así que cuando estábamos tratando dentro del capítulo inmediato anterior en el punto segundo se ha emitido la resolución 02-61-2009, que es para el concurso de oposición y méritos, la cual se desarrolla para que se ocupen varios puestos de importancia, pero se debería acoger estos parámetros de calificación a todos los demás puestos, aunque no tengan los mismos rangos para los cuales fueron dictados, recordemos que fueron para ocupar los puestos de Defensor (a) del Pueblo; de las y los Miembros Principales y Suplentes del Tribunal Contencioso Electoral; la primera Autoridad de la Defensoría Pública General; las y los Miembros Principales y Suplentes del Consejo Nacional Electoral; del Contralor General del Estado; Fiscal General del Estado y las y los Vocales del Consejo de la Judicatura, si bien es cierto que en derecho público lo que no está en la ley se entiende prohibido, supuesto, que podría obviarse en esta situación, pero no quiero decir que no se pueda trasladar esta calificación establecida para la ocupación de los sitios que no fueran consideradas en la resolución indicada, lo que se debe hacer, es que cada vez que se requiera de personal se deben considerar los temas relacionados



UNIVERSIDAD DE CUENCA

con discriminación positiva, no puede ser de otra manera, y así poder cumplir con lo dispuesto en la Constitución, caso contrario se podrá iniciar las acciones pertinentes por parte de quienes se sientan perjudicados.

3.2. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE ESTA APLICACIÓN, O LA NO APLICACIÓN.

Como deje sentado en el punto anterior, las normas deben de forma obligatoria ser acatadas, y dispuestas de tal manera que el no hacerlo daría paso, a que se intenten demandas mediante el ejercicio de las acciones constitucionales de protección, el derecho de la igualdad consagrado en el Artículo 66.4 de la constitución es muy claro cuando nos dice:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación...”

El tratamiento igualitario, frente a la ley, es un pilar fundamental del estado liberal de derecho constituyente, avance fundamental según sus defensores para superar el sistema estamental, supone el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de las personas, lo cual significa un igual trato ante la ley, para los ciudadanos prohibiendo que sea de otra manera, al ser arbitrario e injusto.

Más todavía si se puede apreciar en este rasgos de discriminación negativa, por lo cual frente a esta garantía, si no se aplican las directrices en la calificación favoreciendo los aspectos de norma positiva en discriminación, no puede aceptarse esta situación, podría nacer de una negligencia, o una inobservancia a la norma superior, por parte del funcionario a cargo de dicha calificación, que le acarrea aquella persona que no la cumple, simple y sencillamente, la destitución del cargo que desempeñaba, en caso de un fallo que acoja dicha petición, lo considere de igual forma, así como el inicio de acciones legales por parte de quien fuera dejado a parte en el proceso por estas condiciones.



3.3. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL EN LAS INSTITUCIONES PRIVADAS

Si bien es cierto dentro de las instituciones públicas, la situación parecería más fácil, pues se debe acatar la norma superior y realizar lo pertinente para dar cumplimiento con esta obligación constitucional, pues así como la resolución indicada se deberá actuar de igual forma en todas las instituciones y terminar con los conceptos anteriores aplicando esta nueva modalidad, pero la gran pregunta es que pasa dentro del sector privado, la constitución no está solo para ser cumplida por los organismos públicos todos debemos cumplirla, y hacerla cumplir, pero en cuanto a la necesidad de llenar espacios con personal calificado, no se está haciendo lo mismo que en el sector público, se solicita el personal, y con requisitos puntuales de acuerdo a las necesidades de la empresa, y con esto el postulante de mejor curriculum será el que obtenga el puesto tan anhelado.

Como decía anteriormente la obligación de la aplicación de normas de igualdad y la no discriminación negativa es una imposición superior, lo que se ha presentado, es que en caso de que un empleado sea discriminado por sexo, religión, raza, edad, o cualquier otro parámetro, podrá solicitar ante la autoridad de trabajo competente se ordene la restitución del puesto, o se le indemnice, pero nada más, no se puede pedir que se acepte a los puestos de trabajo a personas cuyas condiciones sexuales sean su mayor fortaleza por ejemplo, así que a mi criterio en este ámbito, me refiero al privado, no se puede hablar de puntuación favorable, por la discriminación positiva.

En cuanto al Ministerio de Relaciones Laborales, ellos han iniciado con la incursión de empelados con capacidades diferentes dentro de las empresas determinando para ello que por cada 25 trabajadores existirá la obligación de contratar uno con discapacidad, pero a partir del año 2009, se exige en el Art. 43.35 que en las empresas deberá haber del total de trabajadores el 4% de trabajadores con capacidades diferentes, para lo cual se ha establecido que un Inspector de Trabajo se especialice en esta área haciendo cumplir con lo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

dispuesto, y de no hacerlo se multará al empleador que incumpla.

Esto con respecto a trabajadores con este tipo de condición, pero no existe normativa alguna respecto a las otras situaciones que forman parte del común de razones de discriminación negativa, de aquellas nada se ha dicho.

3.4. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE ESTA APLICACIÓN, O LA NO APLICACIÓN

Como analizaba anteriormente, en caso de la no aplicación de la norma positiva, la persona perjudicada, podrá hacer uso de la norma de garantía constitucional y realizar la demanda correspondiente ante un Juez Competente, solicitando se sancione esa actitud discriminatoria y defendiendo la garantía constitucional de igualdad referida en el Artículo 66.4 de la Constitución, es decir la denuncia de estos actos va haciendo que nuestra jurisprudencia constitucional crezca y se fortalezca

3.5. ACCIONES LEGALES QUE SE PUEDEN PERSENTAR POR LA INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS LEGALES

Las personas que consideren se encuentran dentro algún grupo de protección y que se vean perjudicadas por la errónea aplicación de sus puntuaciones o por no considerar la protección que tiene por pertenecer a un sector con protección constitucional, por sus condiciones específicas, es decir, al ser de un origen racial considerado dentro del rango de indígenas, negros, países latinoamericanos, o su condición sexual diferente a la considerada normal, o por sus nivel económico bajo, si estas condiciones no se han considerado para la calificación, y por ellas se ha colocado a otra persona en el puesto, quien se vea perjudicado podrá hacer mención a las normas constitucionales y solicitar mediante acción judicial una de protección constitucional en las cual se indique la causa que debería haberse observado y el no hacerlo se ha



UNIVERSIDAD DE CUENCA

dejado de lado la protección que a estos grupos tradicionalmente olvidados nuevamente en indefensión, por lo cual se presentarán las acciones constitucionales de amparo para solicitar que las garantías constitucionales que han sido vulneradas se puedan cumplir, pudiendo con esta medida no solo sentar un precedente o jurisprudencia, sino un antecedente social que grupos desprotegidos puedan seguir este camino e impedir que este tipo de situaciones se sigan viviendo.

3.6. CONCLUSIONES

Dentro de las obligaciones del Estado están las de hacer cumplir con las normas constitucionales, y el conocimiento de este tipo de normas garantizan que se cumplan y sobre todo que el objetivo con el cual fueron creadas se cumpla, no podemos creer que solo los organismos estatales tengan esta obligación, la de cumplir con los preceptos es obligación de todos los ecuatorianos, y el vulnerar estas normas acarrearán sanciones a todo nivel, no es posible permitir que la discriminación negativa siga campante e incumplir con las normas de discriminación positiva que ligan el comportamiento de todos nosotros como ecuatorianos conscientes de esta realidad, es necesario que se lleven estos parámetros a todos los niveles de la ciudadanía y no solo dejemos esa carga al estado.



CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN COMPARACION CON EL CONTEXTO INTERNACIONAL.

4.1. BREVE ANÁLISIS DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LAS DISPOSICIONES EN SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

En Latinoamérica se han presentado distintas formas de ver dentro de su normativa a la discriminación, y por supuesto la acogen de acuerdo a su necesidad va incorporando normas sobre acción positiva que faciliten la inserción de grupos sociales históricamente desprotegidos, si bien es así, que en diferente sanciones podemos citar ejemplos como el de Argentina lugar en el cual se ha incluido normas para proteger a los sordos, en el Municipio de Mendoza, cuenta desde hace algún tiempo con una buena cantidad de interpretes para las diferentes formas de comunicarse y le facilitan la intervención a las personas que tienen esta dificultad, la cual no les deja sentirse cómodos y comunicados, pero de a poco se va integrando a estos ciudadanos.

Las personas con discapacidad -exceptuando el aspecto físico- tienen las mismas capacidades del ser humano pero por circunstancias genéticas o adquiridas, carecen de alguna de ellas o tienen limitaciones parciales o totales. El trato con la persona con discapacidad debe ser igual que a cualquier otro individuo para que no se sienta menoscabado. No debemos olvidar que toda persona con discapacidad está más sensibilizado por su propia situación e incluso -lamentablemente- algunos sí discriminan.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

En Chile, se habla de la discriminación positiva, pero no ha tomado la notoriedad del caso, ha sido tratado de forma muy superficial, pues hay mucha reacción sobre el cambio de situaciones que al parecer de estos ciudadanos, pues el desafío del cambio no se ha dado todavía a nivel general sino en casos muy puntuales, se desató una controversia muy fuerte a partir de la expedición de la ley de cuotas para las elecciones, en el año 2006, en el cual se propone que para las elecciones el cuarenta por ciento de candidatos sean mujeres de forma obligatoria, la discusión se basa en el hecho de que él o la candidata, debe ser un persona independiente del género gane las elecciones, y por esta situación no es necesario que se tenga una cuota de mujeres por que esto es discriminación, no lo contrario, la igualdad da oportunidades iguales a los sexos y no de la otra manera.

En el resto de países vemos la situación de forma muy parecida, podemos decir que uno de los que más ha desarrollado la jurisprudencia dese el punto de vista de la discriminación es Colombia, de lo que he podido ver es más cercana a nuestra jurisprudencia y nos puede brindar una ayuda sobre el análisis de estos casos, debemos considerar que la tradición de la forma de vida en nuestros países es de guía paternal, o sea, los hombres han liderado todo el tiempo las relaciones y las decisiones, lo cual significa que no hemos sido las mujeres las de cambio radical, sino las que de forma muy discreta hemos dado un giro a este tipo de actitudes.

En cuanto a las mayores luchas por discriminación se ha presentado grandes planteamientos desde diversos grupos y los más vistos está la de los grupos homosexuales, así como el de la minorías étnicas, sobre todo en los Estados Unidos, y es así que en varias el término homofobia se refiere a la aversión, odio, prejuicio o discriminación contra hombres o mujeres homosexuales, pero podemos ver que dentro de este se incluye a las demás personas que integran la diversidad sexual, como es el de las personas bisexuales o transexuales, quienes mantienen hábitos comúnmente asociados al otro sexo, dentro de los cuales hoy en día se habla mucho de los famosos metrosexuales. Homofobia no es un término psiquiátrico, las denuncias sobre



UNIVERSIDAD DE CUENCA

estos hechos manifiestan cada dos días una persona homosexual es asesinada en el mundo debido a actos violentos vinculados al odio contra estas personas, amnistía Internacional ha denunciado que más de 70 países persiguen aún a los homosexuales y ocho los condenan a muerte. Existe cierto relativismo sobre lo que abarca el concepto de homofobia. Así por ejemplo, los que rechazan las políticas de igualdad, entre los grupos de igual tendencia sexual, con aquellos que mantienen diferente afinidad sexual quienes manifiestan que su rechazo no es homofobia, sino simplemente una opinión igualmente respetable como la aprobación.

Analizando el término vemos que se combinan las palabras griegas *fobia* ('miedo'), con *homo*, apócope de «homosexual» ('sexo con lo igual'), formado por el prefijo *homo* ('igual') y sexual. No debe confundirse con el prefijo en latín, *homo*, que significa 'hombre'. El significado corriente es 'fobia a la homosexualidad'.

En el sentido de fobia a la homosexualidad, la palabra fue utilizada por vez primera, en inglés, en 1971 por el psicólogo estadounidense George Weinberg, quien afirma haberla pensado por primera vez en una charla que dio a un grupo homófilo y se popularizó gracias a su libro *Society and the Healthy Homosexual* ('la sociedad y el homosexual sano') de 1971. En una entrevista en 2002 comentó sobre el significado: una fobia. Un temor que provoca un comportamiento irracional de huida o el deseo de destruir el estímulo de la fobia o cualquier cosa que lo recuerde, Su uso en medios periodísticos, científicos, políticos, etc., pronto se popularizó. La Real Academia Española lo incluyó por primera vez en la vigésimo segunda edición de su Diccionario, y lo define como «*aversión obsesiva hacia las personas homosexuales*». Antes, la palabra ya había sido recogida en otras importantes obras lexicográficas, como el *Diccionario del español actual* (Aguilar, 1999) de Manuel Seco, Olimpia Andrés y Gabino Ramos.

En cuanto a la lucha étnica, esta se ha presentado dentro de cada uno de los países, por los grupos minoritarios, la cual de a poco ha dado sus resultados,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

y fuera del país por todos los ciudadanos migrantes que se encuentran preferentemente, dentro los llamados países del primer mundo, quienes discriminan y tratan de una manera muy despectiva a los nacidos sobre todo en países latinoamericanos, ofendiéndoles y agrediendoles cada vez que pueden, solo en base a la unión y a denunciar los diferentes actos, y es así que desde hace más de 500 años, en el proceso de expansión de Occidente, muchos para justificar una política de conquista y depredación, llegaron a negar que los indígenas americanos y de otras tierras, tuvieran alma, por lo cual no dudaron en traficar a personas quienes fueron reducidos a la condición de esclavos, convirtiéndoles en mercancías, tanto a indígenas como a los hombres libres de Africa, quienes intentaban despojar de su humanidad a los seres humanos de estas latitudes, o sea, de América, y África, no se imaginaban que, eran ellos quienes se despojaban de su propia humanidad, principio al cual se le llamó la "deshumanización de Occidente", deshumanización que desembocaría en las vastas tragedias contemporáneas del holocausto nazi, del "apartheid", de la limpieza étnica, esa ha sido la lucha cruenta que se dio entre los que pensaban tenían derecho a ello y quienes se dieron cuenta que somos iguales bajo cualquier condición, ante los ojos de la humanidad que tiene bien centrados sus principios y valores.

4.2. FORJAMIENTO DE ESTE DERECHO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Ecuador, durante toda su historia ha sido un país multiétnico y plurinacional, lo cual ha sido consagrado incluso en sus cartas magnas desde 1998, y amplió el concepto a raíz de la aprobación de la Constitución del 2008, documento que es uno de los más avanzados en material social, donde se reconoce la diversidad de los grupos étnicos del país, y se declara al Estado tal y como lo enunciamos al inicio de este tema, se garantizan los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de los afrodescendientes, entre ellos, el de conservar la posesión ancestral de las tierras comunitarias, documento con el cual de forma implícita se exhorta a los países líderes de Occidente a iniciar este proceso de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

re-humanización, que abarca tanto a los descendientes de los colonizadores, cuanto a los descendientes de los pueblos originarios, de esta manera se pretende estructurar un mundo que se encuentre dentro de una realidad armónica.

A partir de esta aceptación de la realidad, y el derecho de los pueblos indígenas, afrodescendientes y otras minorías quienes podrán realizar el ejercicio de su identidad, dentro de una relación armónica y diversa. Algunos autores hablan que al momento de hacer este mea culpa es cuando se debe reconocer compensaciones que lleven a estos ciudadanos a mejorar su situación económica y a promover el desarrollo social, incluso se podría buscar el camino para el desarrollo de una política de pago en compensación de deuda externa con proyectos de desarrollo social, del medio ambiente y de promoción de los Derechos Humanos en los países en desarrollo.

En el Ecuador persisten y lamentablemente podemos llamar como arraigadas formas de racismo e intolerancia, los cuales resurgen con inusitada fuerza en la actual etapa de globalización. Frente a ello, el Estado y la sociedad civil demuestran una fuerte intención de trabajar fuertemente por la desaparición de esta pesada herencia. Sin duda el racismo, preocupación suprema no solo a lo interior del país sino en el extranjero, pues el racismo contra los migrantes es muy apremiante. Debemos subrayar que el mundo se enfrenta, como en otras ocasiones en la historia, a una nueva ola migratoria, cuyos efectos, tanto positivos como negativos, deben ser asumidos en base al principio de la responsabilidad compartida, lo que significa contar con una política internacional que condene la discriminación hacia los migrantes de países subdesarrollados y rechace el establecimiento de una ciudadanía de segunda clase en los países desarrollados.

El racismo y la intolerancia son vistos en el Ecuador como un problema ético, moral y jurídico, y a mi criterio es uno obstáculos importante para el desarrollo económico y social.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

La exclusión de los grupos sociales a causa del racismo, ocasiona que importantes sectores de la población se inserten en un desarrollo de actividades productivas, igualmente esta actitud impide que haya una distribución y consumo equitativos, lo que a su vez obstaculiza el crecimiento económico, con una lógica consecuencia que es la de la presencia del subdesarrollo cultural.

Acompañado a la discriminación racial contra grupos sociales como los mestizos, indígenas, afrodescendientes y otras minorías, en nuestro país se presenta una situación especial de discriminación y es conocida como regionalismo, que provoca muchas divisiones que son aprovechadas dentro del sector político que de forma por demás oportunista alimentan esta división interna agudizando las diferencias y colocando a los sectores sociales con mayores problemas que son difíciles de erradicar. Es de reconocer que ahora se ha implementado por parte del Estado una política de unidad que llega a través de spots publicitarios en los cuales se hace alusión al hecho de que los ecuatorianos somos una unidad y que el país es de todos, claramente referido a que no pertenece el país a una región o ciudad en especial, así como a ningún grupo económico de la región que sea, todo esto llevado a crear una identidad y ciudadanía para todos, por supuesto este trabajo es extenso, y debe ser guiado a través del gobierno central implementando formas educativas y creativas de unir a los ecuatorianos en frentes nacionales de integración eliminando toda forma de discriminación racial y todas las formas conexas de intolerancia.

Es importante que me exprese trayendo a este trabajo el lugar común sobre el tema y es que el racismo y el subdesarrollo son dos caras de una misma moneda, y así mismo indico lo que he dicho anteriormente que cambiar la actual situación es responsabilidad de todos, no solo el Estado, y de forma conjunta luchar en contra estos males, no solo por el país sino por toda la humanidad, en caso de no hacerlo significaría que todo la lucha de los



UNIVERSIDAD DE CUENCA

diferentes grupos así como la concientización a la que se ha llegado, no han dado a surtir efecto, en especial por la situación económica, y la lucha contra la pobreza, pues estamos en una creciente desigualdad social.

4.3. RECORRIDO POR LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL EN LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA.

En el contexto internacional así como hay países en los cuales se puede apreciar una actuación que lidera la presentación de normas que pretenden el reconocimiento de la igualdad entre todos los grupos sociales apoyando la normas afirmativas en cuanto a discriminación, encontramos otros en los que no se ha avanzado mucho de forma corta analizaré como es el comportamiento de algunos de los países y su legislación al respecto.

Honduras no tiene dentro de su normativa normas que nos lleven de forma contundente a establecer que es un país de avanzada en contra de lucha contra la discriminación, no se presenta mucho trabajo de su cámara legislativa al respecto, puedo encontrar tan solo dos normativas claras al respecto, una que protege a los trabajadores y prohíbe la discriminación por edad en los empleos, y la segunda una de política integral antidiscriminación a las personas que son portadoras del VIH positivo, en lo demás puedo expresar que no existe protección a los demás grupos sociales por lo cual estarán excluidos de la protección estatal.

En el Perú a raíz de la presidencia de Alan García se puede apreciar un desarrollo dentro del campo de la discriminación positiva, existen cambios legislativos, cuando en agosto del año 2006, mediante la aprobación de la Ley 28867, se reforma el Artículo 323 del Código Penal Peruano que sanciona la discriminación negativa con pena de prisión, ampliando las causales de discriminación que se encontraban en este artículo 323 que limitaba a la diferencia sexual, religiosa, étnica o racial, ahora este dice: “con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

persona”. Dentro del contexto internacional se pide que se sancione a los responsables del delito más aún cuando se ha aplicado violencia física o mental, lo cual es acogido por la legislación peruana, haciéndolo mucho más coercitivo para evitar este tipo de actuaciones, pues la pena es de dos a tres años de privación de la libertad, además de sancionar a la discriminación por edad, grupo social, discapacidad, ahora se incluye la sanción a la discriminación negativa por la indumentaria, que afecta de forma directa a las mujeres indígenas peruanas, o a las personas en general por la actividad económica que realizan, a más de las conocidas por nosotros dentro del contexto general.

En cuanto a la legislación chilena, en el 2005 el Gobierno ha enviado un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria. A pesar que se trata de un aporte valioso al mejoramiento del reconocimiento jurídico de los derechos humanos en el país, consideran los chilenos que esta ley es “perfectible” en áreas tales como: identificación de los organismos públicos encargados de velar por el cumplimiento de tales medidas, quienes deberán diseñar las políticas públicas atingentes; El otorgamiento de rango constitucional al principio de no discriminación y, para lo cual deberá incluirse las causales permitidas para la interposición del recurso de protección; Incorporar de acuerdo a los avances en el derecho comparado e internacional, en la legislación interna dichas modificaciones, y; Aprobación de tipos penales especiales que sancionen conductas graves cometidas con la finalidad de discriminar a personas o grupos, más allá del establecimiento de una circunstancia agravante de responsabilidad penal aplicable a todos los delitos.

Dentro de este análisis es importante que demos una rápida mirada a Estados Unidos, el cual es conocido por los “famosos” cupos fijos para etnias específicas, que no son idénticas en todos los Estados varían dependiendo el Estado, en los cuales se han desarrollado varios casos particulares en donde la Corte Suprema condenó por discriminación a dos escuelas por no tomar



UNIVERSIDAD DE CUENCA

chicos blancos. En estos casos, esos chicos no eran registrados porque “habrían roto la tasa proporcional racial de la clase” (la cual estipulaba, en estos casos, un 15% fijo para minorías visibles. El problema para ellos es que nos nacidos en ese país y dicen ser blancos cada vez son menos y pasarán poco a poco a ser minoría según ellos. Ahora el grave problema esta difícil, la política individualista dentro de cada estado, dificulta la situación, porque en unos se toma unas medidas y en otros otras, pero se tratará de encaminar según el discurso presidencial a un modo de vida en comunidad, en cuanto al caso concreto que al principio indiqué, se establece, desde la Corte Suprema una discriminación, pues habla de la “raza blanca”, son tan rígidos en sus normas porque dice la publicación revisada que el cupo en personas había, pues no se completó con las minorías, pero aun así no les dieron paso a estas personas de raza blanca, el cupo de minorías es el 15%, en este caso la Corte Suprema discrimina al notar como ‘raza blanca’ a la excluida, y no por ello quita la legitimidad del 15% necesario para las ‘etnias visibles’. El fallo en contra se dio en este caso, porque pese a ese 15% no ser completado, tampoco se tomaba a ‘comunes’ dentro de ese porcentaje vacante designado.

Frente a otra situación hay un caso concreto que al analizar la regulación mantenida en base a jurisprudencia se la elimina, me refiero al caso de las pruebas cualitativas, que se tomaban en los centros educativos, pues eran las personas morenas los peor calificados, la Corte Suprema de Justicia estadounidense, falla (a mediados del 2009) en contra de Connecticut por anular un examen de promoción porque “Había demasiados candidatos blancos cualificados y no la misma cantidad de negros”. La decisión sentó un precedente en más de 25 años de políticas *‘raciales antirraciales’*, la crítica a esta es el tratar de la misma manera a personas que no son del mismo grupo social, y es a su manera de ver un castigo a los mejores preparados, pero a primera vista se aprecia una norma de calificación afirmativa en discriminación, los avances en dicho país son lentos y tienen varias actuaciones que dejan sentada la contraposición de intereses y medidas, es importante que se analice esta situación, porque genera contra posición de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

intereses.

Argentina, se ha presentado un proyecto de ley, en el cual se pretende integrar la Composición del congreso nacional con el 50% de su composición con mujeres, el cual fue presentado por la diputada Claudia Rucci, quien en su proyecto establece que las dos cámaras la de Diputados y la de Senadores deberían ser integradas de acuerdo al proyecto por al menos el 50% de las mujeres.

Dentro de la justificación del proyecto establece la misma Diputada, y lo cito conforme lo leo, que *“Especialmente cuando “igualdad de oportunidades” es una expresión que parece ser reivindicada casi unánimemente en este siglo XXI. No sólo en referencia a oportunidades entre “hombres y mujeres”, sino a las de todos los seres humanos, sin distinción de color, raza, sexo o religión.”*

Conforme lo leo veo que no es la forma de solicitar la igualdad, o de dejarla como base para una ley, estamos tratando de sentar un precedente con una discriminación sexual al parecer.

4.4. SU TRSCENDENCIA EN EL ECUADOR E HISPANOAMERICA

Todos los países del contexto internacional a través de sendos convenios internacionales se han comprometido en la lucha en contra de la igualdad, es importante destacar que el Ecuador ha suscrito varios convenios a nivel internacional que con su correspondiente tratamiento y aprobación interna ha dejado muy en clara su posición de lucha en contra de la desigualdad y apoyo a la discriminación positiva con normas afirmativas a nivel interno que demuestran que lo acata y lo implementa en su normativa interna.

Los convenios suscritos que contienen normas de tratamiento igualitario, y sancionadores a las actuaciones discriminatorias a nivel internacional son los siguientes: - Convención internacional sobre Derechos Humanos “Pacto de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

San José de Costa Rica” – Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. – Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. – entre otros que podemos indicarlos en este documento que nos permiten ver la preocupación y la importancia a nivel internacional sobre el tema, no podemos dejarlos solo enunciados y se ha dado dentro de cada estado el trámite de ratificación correspondiente, todos comprometidos a buscar una solución a este latente problema, claro cada país a la velocidad que su importancia así lo determine, o de acuerdo a sus lineamientos se ha dado la agilidad del caso, pero lo cierto es que todos están dentro del contexto y la eliminación de la discriminación en forma negativa tal y como se lo ha podido apreciar en los ejemplos indicados, por lo cual no puedo dejar de decir que todo el contexto internacional al igual que el Ecuador están dentro del compromiso de buscar soluciones, y al parecer todos coinciden en llamarla discriminación positiva, y con esta el cambio a búsqueda de normas afirmativas que den lugar a insertar a los diferentes grupos sociales en la mayoría y no existan diferencias sin igualdad en la mayor parte del mundo.

4.5. CONCLUSIONES

Las normas de discriminación tienen un paso firme dentro de la legislación de los países del contexto internacional, pero hay mucho camino que recorrer, falta que los países adopten las medidas correspondientes en su normativa para implementar el verdadero cambio.

Muchas ocasiones las medidas que se han tomado han ocasionado más problema por entregar una solución y es concretamente el caso del cumplimiento de la cuota para sectores minoritarios, hemos visto de igual manera que los cupos asignados por ejemplo en Estados Unidos han sido un problema cuando por cumplir con esta disposición, se ha dejado a parte a personas que sobre todo son eso o si se quiere les podemos llamar ciudadanos quienes tienen el derecho al acceso a la educación, en el caso del



UNIVERSIDAD DE CUENCA

colegio, o en el caso de la universidad, lo cual deja fuera a quienes según la Corte Suprema de ese que así llaman como un nuevo grupo minoritario al estar fuera de los niveles establecidos, es muy difícil que de esta forma se puede allegar a una igualdad, porque de todas maneras se sigue discriminando, ese es el peligro que al acceder por una parte con normas afirmativas ciertos grupos, por otra se deje a un lado a los mayoritarios que están siendo gran esfuerzo, pero al no pertenecer a esos grupos tampoco tienen beneficios, al final solo puedo ver que se sigue discriminando, en todos los lugares aquellos que mantienen esta clara disposición de equilibrar estos beneficios.



CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE CASOS PRESENTADOS EN EL ECUADOR Y FUERA DE EL.

5.1. ANÁLISIS COMPARADO FRENTE A LA REGULACION NACIONAL

En nuestro país es nuevo todo el trámite Constitucional de casos de discriminación presentados como demanda ante la Corte Constitucional, en el análisis y por tiempo que cuento, he encontrado uno que es novedoso, visto desde el punto de vista de discriminación de una persona natural frente al Estado, el casos lo he encontrado en la página de internet lo desarrollo a continuación, he procedido a copiar parte de la demanda no hay resolución todavía, pero intentaré que el análisis que voy a practicar sea lo más concreto, la demanda la adjunto a continuación:

“SEÑORES MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .-

MARÍA JOSÉ CORONEL INTRIAGO,, con el debido respeto, previo informe favorable del Defensor del Pueblo, comparezco para presentar la siguiente Demanda de Inconstitucionalidad.

ANTECEDENTES

Los Estados de Derecho se caracterizan, entre otros aspectos, por los linderos que fija el ordenamiento jurídico en orden a que el derecho de todos y cada uno de los miembros de la sociedad deba ser respetado, so pena de que el trasgresor se vea en la situación de tener que responder por ese desbordamiento. Si esto que se sugiere tan objetivo en enteramente razonable para los ciudadanos, lo es tanto más significativo para el Estado, que se debe a sus miembros, y que es en definitiva "la sociedad política y jurídicamente organizada" , tal cual lo señala su concepto más aceptado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El Ecuador en un Estado Social art. primero de la Constitución Política. ...emerge como una de sus consecuencias jurídicas la necesidad de tutelar los derechos ciudadanos a través de diversos mecanismos, figuras jurídicas e instituciones. Uno de ellos es la creación de órganos públicos que precautelen en términos reales el cumplimiento efectivo de tales derechos y garantías. El rol del Estado Social de Derecho..... entre otros, como con la exigibilidad directa e inmediata de los derechos establecidos en la Constitución Política y en los Tratados y Convenios Internacionales, tal cual lo establece el artículo 18 de nuestra Carta Fundamental.

La Administración Pública en su conjunto, la Función Judicial y la Función Legislativa, por lo tanto, deben actuar ejemplificadoramente en su función de tutela de los derechos ciudadanos. Justo por ello es una aberración inconcebible que alguna institución de Estado cuente en el ordenamiento jurídico específico que le rige, con normas que disminuyen las potestades ciudadanas de pedir y exigir respuestas incrementando las de ella, o definan situaciones jurídicas disminuidas para los ciudadanos invocando cualquier pretexto o simplemente ordenando desigualdades que, por su injusticia, ensombrecen el Estado Social de Derecho y disminuyan la creatividad en el Derecho, en la justicia y en el sistema democrático.

En efecto, a pesar de que la evolución jurídica en pro de hacer efectiva la igualdad entre el ciudadano y el Estado tuvo un importante paso en normas de Ley y Modernización del Estado que eliminaron el reclamo administrativo en los juicios contra el Estado y equiparon las características de la ejecución de las sentencias contra el Estado a la sentencia contra particulares; que tuvieron en la primera Ley orgánica de la procuraduría General del Estado importantes ratificaciones, la Ley de Reforma Tributaria de mayo de 2001, como revisaremos más adelante, presenta con elocuencia la antesis de lo que debe ser el rol del Estado en su faceta fiscal . Si alguna igualdad cabe quebrar en la relación Estado -, ciudadano, es a favor del ciudadano, JAMÁS A FAVOR DEL ESTADO. El estado sirve al ciudadano. De lo anterior se colige con claridad que jamás un acto del poder público, sea de la naturaleza que



UNIVERSIDAD DE CUENCA

fuese, puede violar los principios y derechos que sostiene el Estado de Derecho: ni a título de acto administrativo, ni a título de nada,... son a la vez derechos reconocidos constitucional y legalmente, y aun en Tratado o Convenios Internacionales, son los de generalidad y de igualdad ante la Ley.

1.1.- La igualdad y la generalidad.- son principios y derechos que sostienen el gran edificio del Estado de Derecho. ...cimientos que no sólo sostiene el Estado Social de Derecho definido en nuestra Carta Fundamental, sino a todos los Estados. forma parte de Tratados o Convenios internacionales, prevalecen sobre nuestra legislación secundaria al tenor del artículo 272 de la Constitución Política. Por ello también, que no existe rama jurídica que no se inspire en ellos. Ahora bien si la máxima y el derecho a la igualdad de todos ante la Ley se traducen en que las situaciones y el derecho a la igualdad de todos ante la Ley ...definidas en el ordenamiento jurídico de un Estado deben ser discriminatorias a favor de un grupo o a favor del Estado la manera de dilucidar si existen normas que quebranten tal postulado y derecho, es a través del examen de la normativa jurídica especificada.

...no podrá aceptarse que parte de la población de un Estado, sea tratada por la ley de una manera; y otra, de manera desigual. Otras de las maneras de " medir " la igualdad ante la Ley y la igualdad de los ciudadanos ante la gestión del Estado, es a través de las respuestas que obtenemos a nuestra petición planteadas ante los órganos del poder público.

Í.2.- El derecho de petición como representación viva de la materialización de la democracia participativa y del Estado de Derecho.- la soberanía radica en el pueblo.. El derecho de petición se agota cuando se obtiene una respuesta en un tiempo razonable. Una negación al hecho de petición equivale a una negación de la soberanía. Este derecho constituye una de las representaciones más puras de la materialización del Estado como sociedad política y jurídica mente organizada. La democracia participativa está manifestada, entre otras en la posibilidad de acceder a los órganos estatales y exigir de estos su respuesta. La manera de hacerlo es a través del derecho de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

petición. El derecho de petición, más allá de constituir un derecho constitucional, amplía la expresión de la democracia participativa en un Estado de Derecho que necesariamente pasa por un canal de doble vía: la petición y la respuesta. II ANTECEDENTES DE DERECHO.-

II.I.- La igualdad ante la Ley.- Habíamos dicho que el Estado Social de Derecho emerge la necesidad de precautelar los derechos fundamentales y, a través de los ordenamientos jurídicos de las diferentes ramas del Derecho así como de las Instituciones del Estado..

La igualdad ante ley, es uno de esos derechos fundamentales. Linares Quintana, citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XIV, página 915 dice que la igualdad es la segunda columna de un gobierno. "La libertad es la primera y el imperio de la ley la tercera — que sostiene el edificio del gobierno constitucional y por otra parte, no es sino una consecuencia necesaria de la libertad".

Según lo dispuesto en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas según Resolución 217 A(III) el 1° de Diciembre de 1948," Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley ..." Según lo dispuesto en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos " Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A esté respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará - a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación...." Ambos instrumentos internacionales están legalmente ratificados por nuestro país y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Política las disposiciones de aquellos instrumentos internacionales son directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública. El artículo 23 de la Constitución Política del Ecuador dice "Todos somos iguales ante la Ley"

En virtud de las normas jurídicas expuestas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la antítesis de la igualdad es la discriminación; y, "la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

discriminación es toda distinción, exclusión o restricción basada en cualquier condición del ser humano, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos".

Como lo veremos más adelante, , el artículo 41 de la Ley de Reforma Tributaria publicada en el Registro Oficial 325 de día 14 de Mayo del 2001, representa, en deshonra del espíritu de la Constitución, una discriminación para los administradores de la Administración Tributaria. I1.11 El Derecho de Petición.-

En cuanto al derecho de petición el jurista Manuel Osorio, según cita el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, expresa que " la petición no es otra cosa que el derecho reconocido constitucionalmente a favor de todos los habitantes del país para dirigirse a las autoridades públicas y reclamar u observar ante ellas alguna cosa o más propiamente, algún derecho que les interese..."

El derecho de petición se consagra como Derecho Fundamental y como garantía constitucional tal como lo establece el numeral 15 del artículo 23 de nuestra Constitución: "...El Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes : El derecho de dirigir quejas y peticiones a las autoridades...y a recibir la atención o respuesta pertinente..."

Así mismo, se consagra como aquellos derechos insertos en Instrumentos internacionales que nuestro país ha suscrito y que forman por lo tanto, parte de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia de ello, citamos el artículo XXIV de la Declaración de los Derechos del Hombre dice: "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el obtener una pronta resolución"

Por lo tanto, la petición representa por un lado, un derecho y, por otro lado, la respuesta obligada del Estado que garantiza la democracia, debemos de recordar que la Administración Pública existe básica y principalmente para obtener el interés público, para conseguir la satisfacción de las necesidades



UNIVERSIDAD DE CUENCA

de los ciudadanos.

Según el jurista Dr. Eduardo García Enterría el "interés público primero es justamente, el respeto y el servicio de los derechos fundamentales, cuyo libre y pacífico ejercicios el fundamento mismo del orden público ...y la administración pública no podrá intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales más que en una virtud de una explícita e inequívoca habitación legal..." y si a esto le añadimos la norma constitucional que dice que "... la ley no podrá restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.".. nos queda claro, que el derecho de petición, de ser violado con la vigencia de una ley, ubicaría al Estado en el estadio donde habitan los quebrantadores de aquellos derechos fundamentales. ...La respuesta del Estado es, entre otras cosas, uno de los servicios Públicos a los que llamado a otorgar. Servicios Públicos que no son optativos del antojo de la Administración Pública, sino que son obligatorios, mandatarios y continuos. Interrumpir la respuesta del Estado es cercenar la soberanía que radica en los y las ciudadanos de un Estado.

...Así lo señala el Dr. Miguel Hernández Terán en su obra "La Responsabilidad Extracontractual del Estado" que tal es la carácter eminentemente continuo que debe de tener todo servicio público que su "brusca interrupción constituye un verdadero atentado contra su propia naturaleza". En tal consecuencia, si se rompe el vínculo entre el derecho de pedir que tienen las personas y la obligación de responder del Estado, temblarán las bases de la democracia y del Estado de Derecho; ya que dicho de otra manera, el Estado dejará de ser de Derecho y se convertirá en uno que, de hecho, se sustente inconstitucionalmente, en una ilimitada discrecionalidad, atentado con ello a todos los principios y normas expuestas. Lamentablemente, en el Ecuador, aun a pesar de todas las normas constitucionales y doctrinas citadas, se dictan leyes que rompen los principios de igualdad, de generalidad y de supremacía constitucional. Por todo lo expuesto, señores Vocales del Tribunal Constitucional, nos permitimos a



UNIVERSIDAD DE CUENCA

demandar, como de hecho lo hacemos, la INCONSTITUCIONALIDAD, de los siguientes artículos.

Con los antecedentes expuestos, demando la inconstitucionalidad de los siguientes artículos:

1. El artículo 41 de la Ley de la Reforma Tributaria publicada en el Registro Oficial número 325 el día 14 de Mayo del 2001 que reforma el artículo 21 del Código Tributario.

2. El artículo 45 de la Ley de Reforma Tributaria publicada en el Registro Oficial número 325 el día 14 de Mayo del 2001 que reforma el artículo 131 del Código Tributario.

1) Justificación de la Inconstitucionalidad del artículo 41 de la Ley de la Reforma Tributaria publicada en el registro Oficial número 325 del día 14 de mayo del 2001 que reforma a1artículo del Código Tributario. El artículo que demando reza así: "Artículo 21": Intereses a cargo del sujeto activo.- Los créditos contra el sujeto activo por el pago de tributos en exceso o indebidamente, generarán el mismo interés señalado en el artículo anterior desde la fecha en que se presentó la respectiva solicitud de devolución del pago en exceso o del reclamo por pago indebido" Este nuevo artículo deroga el artículo que rezaba así: " los créditos contra el sujeto activo, por el pago de tributos en exceso o indebidamente, generarán el mismo interés señalado en el artículo anterior desde la fecha de pago o en caso de impuestos a la renta desde la fecha de la respectiva declaración"

Se desprende con facilidad de la lectura de ambos artículos, el derogado y el vigente, que la reforma ha representado una discriminación en contra de la ciudadanía y a favor del Estado. Por lo tanto, se ha roto el principio de igualdad.

Puesto que según el nuevo artículo 21 del Código Tributario, se prevé que sólo se tendrá derecho a exigir intereses de lo pagado en exceso o



UNIVERSIDAD DE CUENCA

indebidamente desde el momento de presentando el reclamo respectivo; y, NO desde el momento que fue realizado el pago. En otras palabras, la Administración Tributaria, reconocerá intereses solo desde el momento que el contribuyente reclama. Ósea que, el Fisco se elimina a pagar intereses por lo que debe, una determinada fecha, la fecha del reclamo; mientras que el sujeto activo, por ley, está obligado a pagarlos desde otro determinado tiempo. Momento de igualdad que representa desigualdad.

La fecha de pago, y la fecha que la ley y los reglamentos prescriben como momento porque que se ejecute la obligación del contribuyente sea para presentar declaraciones o para efectuar pagos, constituye la fecha, se correrán los intereses de las sumas obligadas a cancelar. Pero hemos visto la Administración Tributaria no tiene el mismo tratamiento. En el evento no consentido que se acepte esta ley como constitucional, estaríamos obligados, en virtud de la igualdad ante la ley, aceptar el inconcebible supuesto que el contribuyente no deberá pagar intereses sobre el valor y al momento que está obligado, sino desde el momento que la Administración se diera cuenta que aquel ha pagado de menos o que no ha cumplido la obligación. Lo que obviamente resulta inaceptable. La ley, como lo hemos expresado en los Fundamentos de Hecho y Derecho en esta demanda, debe de tener un tratamiento igualitario para todos y todas. Por un lado, el administrado paga intereses desde la fecha que se hace exigible su obligación; en cambio, la administración tributaria paga intereses desde la fecha que se los reclaman. En consecuencia, el hecho generador de una obligación es uno para una parte; y, otro para el contribuyente. Este tratamiento no representa igualdad. En esta forma es fácil percibir que con un orden jurídico se trata a la Administración Tributaria; y, con otro, al contribuyente. Es discriminatorio, es inconstitucional. Se viola el artículo 23 de la constitución, tanta veces citado.

2) El artículo 45 de la Ley de Reforma Tributaria publicada en el Registro Oficial número 325 el día 14 de Mayo del 2001 que reforma el artículo 131 del Código Tributario



UNIVERSIDAD DE CUENCA

"De considerar a la Administración Tributaria, que no cuenta con los elementos de juicios necesarios para reformar un criterio absolutorio completo, se entenderá por no presentada la consulta y se devolverá toda la documentación."

En otras palabras, este artículo dice que si el Estado, representado por la Administración Tributaria, no tuviere cómo contestar, se presumirá que no ha recibido petición alguna. Norma jurídica que representa inconstitucionalidad tanto porque: Viola el derecho de petición consagrado el artículo 23 de la Constitución; y Quebranta la disposición constitucional que reza que las "leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales"

Por un lado, se anticipa la existencia de un supuesto inconcebible; que la Administración no sepa qué contestar. Situación que tampoco se la puede aceptar, ya que según lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución las funciones públicas se ejercerán con capacidad, honestidad y eficiencia.

Por otro lado, esta norma supone que, en el evento que nuestros funcionarios no sean capaces ni eficientes- como lo ordena el artículo 120 de la Constitución, la carga de la ausencia de aquellos elementos, deberá ser pagada por la ciudadanía. Es decir, que la ineficiencia e incapacidad ante una petición la paga la ciudadanía, permitiéndose anular su petición entendiendo a esta como no presentada.

Si la Administración Tributaria, no contare con los elementos para responder, se entenderá por no presentada la solicitud. Lo que significa que si el Estado no sabe cómo contestar, el ciudadano no tiene derecho; y, si lo tiene- como es del caso-, se lo entenderá como no accionado La vigencia de esta norma, no hace otra cosa que justificar anticipadamente, la ausencia de elementos de los funcionarios de la Administración Tributaria, para responder; ya que con antelación suficiente, se abre camino a la discrecionalidad desmotivada representada por la omisión, en el silencio sin castigo. Pues, durante la vigencia de esta norma, bastará decir que no se tiene elementos para contestar y la petición será mirada como que nunca existió. Para ir



UNIVERSIDAD DE CUENCA

concluyendo, la inconstitucionalidad de este artículo tiene por un lado, la ausencia de criterio de la Administración justificada; y, por otro, una sanción que injustamente recae en la ciudadanía, cuando debería, en todo caso, recaer en el Estado.

Resultará fácil entonces que ante cualquier petición, se alegue no contar con elementos para responder; y, en consecuencia, la actuación de la Administración se volverá exageradamente discrecional. En consecuencia de lo manifestado, señores Vocales del Tribunal Constitucional, demando, como en efecto lo hago, se declare la inconstitucionalidad de los artículos 45 y 41, de artículo 45 de la Ley de Reforma Tributaria publicada en el Registro Oficial número 325 el día 14 de mayo del 2001.

IV DEMANDADOS.-

Al tenor de los dispuestos en el artículo 20 inciso segundo de la Ley de Control Constitucional, sírvase a citar a los demandados, que son:

- 1) El presidente Constitucional de la República, Dr. Gustavo Noboa Bejarano, a quien se lo citará en sus despacho presidencial en el Palacio de Gobierno.
- 2) El señor Presidente del H. Congreso Nacional, Dr. José Cordero, a quien se lo citará en sus despacho ubicado en el edificio del H. Congreso Nacional.
- 3) Como representante Judicial del Estado, al señor Procurador General del Estado, señor, Doctor Juan Ramón Jiménez Carbo quien se lo citará en su despacho en la Procuraduría General del Estado. Todas estas citaciones son el Distrito Metropolitano de Quito.

V TRÁMITES Y OTROS

I.- El trámite que deberá dársele a la presente causa será la

AUTOR:
MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

establecida en los artículos 20 y 21 de la Ley de Control Constitucional y del artículo 276 numeral 1 de la Constitución. II.- Por su naturaleza la cuantía de la presente causa es indeterminada.

III.- Recibiré notificaciones en la casilla judicial

VI ANEXOS.-

A la presente demanda se acompaña: El informe del Defensor del Pueblo tal como lo dispone el literal e) del artículo 18 de la Ley del Control Constitucional; y, El ejemplar del Registro Oficial # 325 del 14 de Mayo del 2001 en virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 20, de la Ley del Control Constitucional.

Es Justicia, María Josefa Coronel I. Abogada - Matrícula 6207"

Del caso que hemos acompañado, podemos ver una forma diferente de discriminación que no fuere contemplada anteriormente cuando realizamos el estudio, esta es una discriminación, que incluso es mayor, la igualdad entre personas es una lucha entre "iguales" aceptable en cuanto a fuerzas, pues son grupo humanos con los cuales se pretende igualar la situación. Pero es muy difícil cuando por una parte conforme consta en la demanda que se estudia es una persona contra el Estado, cuando por una parte las carta magna es la que establece la importancia y la igualdad entre todas las personas, y es una ley la que hace sentir la diferencia, me refiero, que tal y como la demanda lo establece es importante que lo que se plasma en un documento fundamental, y el cual se basan todas las leyes, del país no permita que se plasme en la realidad dicha enunciación, y se deje con esta norma y los artículos que se solicita sean revisados por la Corte Constitucional en total indefensión, no podemos permitir que estos atropellos se den y se evite en análisis y la devolución de los dineros que se han pagado en exceso, desde la fecha del pago y no solo desde el momento en que se exige, esto puede parecer a primera vista una ridiculez, pero si nos

AUTOR:
MARIA AUGUSTA BARZALLO SEADE.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

vamos al fondo es una forma de discriminación, el estado está formado por todos nosotros ciudadanos, independiente de el puesto o cargo que desempeñe, incluso este puesto no es eterno y el día de mañana quienes están juzgando esto se darán cuenta que pasan a ser “simples ciudadanos” y que la medida está siendo discriminatoria, es por esto que no me atrevo a desmenuzar más pues todo está dicho en la demanda.

5.2. CRITICA SOBRE LOS ASPÉCTOS RELACIONADOS AL TEMA

La discriminación positiva o normas afirmativas, son de todas maneras un forma de discriminación, durante el desarrollo del trabajo lo he manifestado en algunos puntos, como mujer lo digo, tenemos las mismas capacidades intelectuales que los varones, por lo que no me siento cómoda de saber que al ingresar a un concurso público teniendo el curriculum que poseo puedo gana con el solo hecho de la ostentación de ser mujer, no creo que en la generalidad de los casos esto nos lleve a equilibrar la situación, si bien es cierto nos hemos abierto el camino y hoy en día las mujeres gozamos de muchísimos beneficios que no los podíamos soñar, pero lo dicho y me ratifico en ello hemos ganado, no nos han regalado, y se que nos merecemos más y podemos mas, el ser mujer me hace sentir orgullosa, pero no por ello me siento menos y con esto tan solo para ganar un puesto es como mirarme yo como menos y reconocer que si no me brindan ayuda no puedo.

Existen otras formas de aplicación de la discriminación positiva, y es que cuando existen diferencias en cuanto a la raza, esta sea la fuente de apoyo y recuperar el espacio que se lo ha sustraído por generaciones enteras, pero esto no puede ser visto de la misma forma que en el género, la lucha es más complicada pues se ha negado la defensa y el derecho de goce de las personas de color negro e indígenas, pero ellos ha marcado la diferencia, y han demostrado que son iguales y mejores que muchos de los blancos que niegan su capacidad, y establecer una puntuación que los lleve a ganar determinado cargo los haría ver igual a lo manifestado en el punto anterior, es



UNIVERSIDAD DE CUENCA

una manera denigrante de llegar a un puesto, pero al mismo tiempo entiendo la raíz de esta forma de calificar, el compensar a la mujer que por su maternidad no ha podido seguir con sus estudios de posgrado, o que no acredita el tiempo exacto de ejercicio, por el cuidado de su familia, se lo ve como compensatorio, pero que paa con aquella que si lo hizo y tiene una carpeta muy buena, y le gana otra mujer por el hecho de ser lesbiana, no es muy compensatorio que se diga, es premiar una diferencia sexual, pero no compensa nada mas, a mi humilde forma de ver. Igual cosa que con el ejemplo anterior el de un varón que se supera pero no llega por que es heterosexual, es como castigarlo.

De estas dos formas expuestas parece que vamos haciendo más diferencias, y discriminamos a grupos más grandes dejando favorecidos a los minoritarios.

5.3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES FRENTE A LAS REGULACIONES INTERNACIONALES

Frente a lo que sucede en otros países puedo decir que nos llevan mucha delantera, incluso sus experiencias nos pueden evitar caer en errores y en situaciones que han sido totalmente superadas por otros conglomerados humanos, no podemos decir que no se trata el tema de la discriminación, y que la intención ha sido la más sana pues solo pretendemos compensar lo que se le ha negado a las minorías, por las razones que sean, pero es preciso que dentro de este proceso miremos lo que a nuestros vecinos le ha sucedido, estamos con una base fuerte y es que el estar sentado dentro de la norma constitucional nos hace tener mayor fuerza frente a los cambios normativos.

Países como Chile Honduras, Perú, están haciendo los cambios directo a la parte normativa, pero la constitucional es la base pues a través de ella se puede ver una verdadera intención nacional de compromiso de erradicación de la discriminación.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Ecuador tiene ya esta base pero falta acentuarla en cambios normativos como lo he dejado sentado anteriormente.

Estados Unidos nos ha mostrado como en diferentes situaciones ha podido resolver que el sistema de cuotas te permite compensar y no dejar a los grupos minoritarios en clara desventaja, dejando a un lado el hecho de la preparación, y permitiéndole el acceso a la universidad, pero también a si mismo vemos que estas cuotas muchas veces nos deja a grandes mayorías por fuera de este derecho, es decir falta mucho camino por recorrer y nadie es el dueño de la solución ideal, seguiremos buscando los mejores mecanismos de solución.

5.4. CONCLUSIONES

No puedo sino reiterar lo explicado en el punto 5.2, la discriminación positiva tal y como se ha planteado es un mecanismo que falta por desarrollar, no está bien implementado, y menos con el solo hecho de la base para un concurso público de oposición y méritos se pueden hacer todo lo que se plantea a nivel internacional, falta mucho por recorrer tal y como esta, es un trabajo que se debe tomar en cuenta.



CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Muchas veces y a raíz de el planteamiento de este estudio, he podido escuchar comentarios y lo he apreciado que todo esto de la discriminación positiva es pura filosofía, que en la práctica no se puede aplicar, no se si se pueda aplicar el famoso '*menos por menos es igual a más*', pues en la sociedad las cosas no funcionan de forma matemática y puede aplicar la fórmula y dos negativos seguirán siendo dos negativos.

Por lo que puedo decir que no es una formula lógica, pero veo que se compensa de alguna forma a aquellos grupos minoritarios que no han sido acogidos en la regla general y equilibrar con ellos este tipo de actuación social, pero siempre al llamarla discriminación estamos con la idea de la separación por diferente causa, es una forma positiva de hacerlo, pero el solo nombre nos evoca otro tipo de situación, lo primero que se viene a mi mente es para separar grupos por condiciones raciales, sexo, situación económica, o llamados minoritarios o en inferioridad de condiciones, y luego con esta forma de ser llamados ahora, volver a discriminar a los que no han sido discriminados, es decir, al mayor número de personas o ciudadanos.

Incluso podríamos hablar de una doble discriminación, proporcionándoles una posibilidad a los grupos minoritarios, no por su capacidad e inteligencia sino por su situación económica, raza, o color de la piel, es una doble discriminación o no? Cuando hable de cupos o porcentajes fijos, me refiero a que sí o sí esas vacantes deben estar reservadas y no pueden ser ocupadas por otras personas ajenas a la consideración que tuvieron las autoridades o leyes vigentes.

Estos son solamente algunos casos, no tiene más que buscar para enterarse de muchos más en cualquier parte del mundo, en el caso de Brasil entre indios y personas de color más o menos 400000 cupo, asistentes sólo 5000 aprueban



UNIVERSIDAD DE CUENCA

el ciclo medio (menos del 2%). Asimismo, el 20% de las vacantes ya están asignadas a los negros, por lo que la cantidad de indígenas se sumaría a la que ya posee el grupo anterior, quedando el resto a disponibilidad de exámenes comunes entre la gente común. Cabe aclarar que allí, el ingreso de los indios se hace de manera automática, sin tomarles el examen pre-curso como al resto de los estudiantes. Por todo el contexto y los beneficios incluso debo manifestar que entre negro y mulato, hay problemas, ya que según denuncian los movimientos negros, los blancos muchas veces se hacen pasar por mulatos para poder obtener una vacante cuando se acaban las destinadas al resto. En algunas universidades brasileñas, los cupos reservados para la etnia negra/mulata asciende al 40% de la plazas, medidas que por si significan muchas controversias entre las partes afectadas, las dos partes por supuesto, se ha visto incluso que muchos estudiantes de color las rechazan, El principio de esa acción es que cualquier discriminación es anticonstitucional.

El estudiante no puede ser castigado porque es blanco o porque estudió en una escuela particular, o porque nació en determinado grupo social. Definitivamente se está apuntando erróneamente a la solución. Si realmente quieren fomentar igualdad entre todos los seres humanos, deberían darles las mismas oportunidades a todos. Negros, indios, mulatos, musulmanes, orientales, judíos, blancos y entre hombres y mujeres, deberían pasar por los mismos exámenes peleando por las mismas vacantes educativas o puestos laborales. Parece que olvidamos que lo que importa es la capacidad y la inteligencia de cada uno de los seres.

Otro de los temas ocultos dentro de la discriminación positiva, es la segregación que se hace hacia el resto de las minorías. Bien se hablaba antes de 'minorías visibles', refiriéndose a 'grandes grupos minoritarios', pero sin tener en cuenta a las que no tienen un grupo de presión formado o no alcanzan con la cantidad como para ser tenidos en cuenta. Si separamos un porcentaje para los negros, indios y mulatos, ¿por qué no hacerlo con los esquimales, los transexuales, los paralíticos, los diabéticos, o los hemofílicos? ¿Acaso



UNIVERSIDAD DE CUENCA

discriminar por minorías potentes (olvidando a la mayoría y a las '*minorías minoritarias*') no es discriminar?

La discriminación positiva no es igualdad, siempre va a ser discriminación irracional, pero apuntando a un sector al que antes no se había apuntado. Esto aporta más desigualdad y un nuevo foco de futuros discriminados a los que luego habrá que volverles a aplicar la grandiosa solución en detrimento de los demás (antes favorecidos). Y así logramos una cadena interminable de discriminaciones y odios irracionales que no deberían existir siquiera.

Bienvenidos al mundo de hoy, en donde es preferible maquillarse o hacerse una transfusión, que pensar, estudiar, aprender, esforzarse y apelar a la lógica. Tal vez debamos pedir cupos, porque se nota que ya somos minoría...

La recomendación más fuerte sería la de ver en cada uno de los pasos a dar frente a otorgar beneficios a los grupos minoritarios se observe como hacerlo y no seguir por un camino ciego, sino dejando una senda que entregue mayores beneficios que complicaciones a futuro, lo que hemos logrado es muy poco podemos hacerlo mejor y debemos profundizar en el análisis del tema.

BIBLIOGRAFIA