

Los retos del neoconstitucionalismo en materia de igualdad y no discriminación

Dra. Jessica
Espinoza-Espinoza, PhD.
Compiladora

CIDE
EDITORIAL


UMET
SEDE MACHALA

**LOS RETOS DEL
NEOCONSTITUCIONALISMO
EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN**



Los Retos del Neoconstitucionalismo en Materia de Igualdad y No Discriminación

Reservados todos los derechos. Está prohibido, bajo las sanciones penales y el resarcimiento civil previstos en las leyes, reproducir, registrar o transmitir esta publicación, íntegra o parcialmente, por cualquier sistema de recuperación y por cualquier medio, sea mecánico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o por cualquiera otro, sin la autorización previa por escrito de la Universidad Metropolitana del Ecuador (UMET) sede Machala.

DERECHOS RESERVADOS

Copyright © 2021
UMET. Sede Machala
Bolívar, Machala, Ecuador
Tel.: +593 7-293-1123
<https://www.umet.edu.ec>

ISBN: 978-9942-616-13-5

Impreso y hecho en Ecuador

Dirección editorial: Lic. Pedro Naranjo B., MSc.
Coordinación técnica: Lic. María J. Delgado
Diseño gráfico: Lic. Danissa Colmenares
Diagramación: Lic. Alba Gil

Fecha de publicación: diciembre, 2022



CIDE
EDITORIAL

UMET
UNIVERSIDAD
METROPOLITANA



Guayaquil – Ecuador

**La presente obra fue evaluada
por pares académicos
experimentados en el área**

Catalogación en la fuente

Los retos del neoconstitucionalismo en materia de igualdad y no discriminación. Compilado por Jessica Espinoza-Espinoza - Ecuador: Editorial CIDE, 2022

284 p.; 16 x 25 cm.

ISBN 978-9942-616-13-5

1. Neoconstitucionalismo

Dra. Jessica Espinoza-Espinoza, PhD.

COMPILADORA

CONTENIDO

Prólogo	7
Introducción	24
La identidad y la dignidad: Principios emancipadores para una educación jurídica de la condición humana	
Identity and dignity: Emancipatory principles for a legal education of the human condition	30
<i>Gustavo Alfredo Guerra Aguayo</i>	
El Neoconstitucionalismo: Antecedentes, desarrollo y crítica en el Ecuador	
Neoconstitutionalism: Background, development and criticism in Ecuador	61
<i>Juan José Torres Espinoza</i> <i>Jorge Chávez Hidalgo</i>	
Igualdad y no discriminación por orientación sexual, análisis desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Equality and non-discrimination in cases of different sexual orientation, analysis from the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights	86
<i>Jackson Vicente Condolo Acaro</i> <i>Andree Valentín Cedillo Luna</i>	

Estándares de Debida Diligencia en violencia de género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Standards of Due Diligence in gender violence in the Inter-American Court of Human Rights

Jéssica Lizbeth Espinoza Olaya
Carlos Andrés Chapín Zumba
Jessica Elizabeth Espinoza Espinoza

116

El derecho a la igualdad y no discriminación en la sentencia 1035-12-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador

The right to equality and non-discrimination in judgment 1035-12-EP/20 of the Constitutional Court of Ecuador

Jimmy Alberto Valarezo Román
Freddy Steven Espinoza Ortiz

165

La igualdad y no discriminación en la protección de derechos humanos

Equality and non-discrimination in the human rights protection

María José Franco Cordova
Khalil Franco Ceratto

198

El derecho al trabajo de los extranjeros en España desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación

The work's right of foreigners in Spain from they perspective of equality and non discrimination

Irene Rosario Gómez Santos

231

Prólogo

Cuando la Dra. Jessica Espinoza-Espinoza, PhD., (Coordinadora de la Maestría en Derecho con Mención en Derechos Constitucionales, Humanos y Ambientales de la Universidad Metropolitana, Sede Machala, Ecuador; y, del proyecto de investigación sobre los Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador), me cursó la invitación para prologar esta obra referida a los retos del neo institucionalismo en materia de igualdad y no discriminación, rápidamente respondí afirmativamente a dicha propuesta, y ello en función de varios motivos de peso, más allá de los problemas de mi disponibilidad de tiempos atento a la altura del año calendario y los tiempos para hacerlo, vinculados a mis actividades profesionales, tanto en lo concerniente a la función jurisdiccional que cumpla en la República Argentina, como los compromisos académicos en razón de mi actividad de docente e investigador en varias universidades latinoamericanas.

Los motivos aludidos, si podrían ser establecidos sin jerarquías de importancia, señalaría los siguientes:

- a) Las cuestiones paradigmáticas como jurista respecto al sencillo pero complejo interrogante de ¿qué es el derecho? en donde luego de 33 años de ejercicio profesional, de los cuales casi la mitad (16 años) los he realizado como abogado de la matrícula, defendiendo derechos de justiciables en los procesos judiciales ante los tribunales ordinarios y federales de mi provincia, Santiago del Estero, República Argentina; y más de la mitad (17 años) que llevo integrando la magistratura judicial como Vocal del Excelentísimo Superior Tribunal de Justicia de la provincia y país referido, he llegado a convencerme de una visión no positivista en donde el Derecho no solamente es un sistema de normas formales con formatos de reglas, sino además de valores y principios normativizados, donde no están exentas la moral y la ética y que además modulan y optimizan, utilizando terminología alexiana, a esas reglas o mandatos definitivos como los llama el gran maestro de la Universidad de Kiel.
- b) Que, para convencerme de dicha conceptualización también ha sido de gran influencia mi actividad académica que armonizada con la específica profesional antes descrita, me llevaron a confirmar mi elección, la que tengo que confesar, que a lo largo de los años ha tenido una evolución kafkiana dentro del marco de mi

naturaleza humana, en la que no dejamos de pertenecer al mundo animal, como decía *Aristóteles*, diferenciándonos del resto de los seres vivos gregarios que habitan el planeta porque tenemos uso de razón. En efecto, al terminar mi carrera de grado, como se la conoce en Argentina, o de pregrado como está establecida en la legislación educativa ecuatoriana, mi perfil como abogado era eminentemente positivista, enrolado en las pautas de la teoría pura de Hans Kelsen y ello en función de la gran influencia que el brillante jurista alemán tuvo y tiene en las currículas y contenidos de programas para las carreras de abogacía en toda la región.

- c) El paso del tiempo, sin embargo, me fue haciendo comprender en base a la teoría y a la práctica del Derecho, que como lo estableció *Gustav Radbruch* muchas veces mediante la aplicación de leyes con formatos de reglas se puede lograr el Derecho que también está integrado por principios que contienen valores insoslayables para respetar y proteger la dignidad humana, llegando a mi concepción actual sobre lo que es el Derecho.

d) La cuarta fuerte cuestión que me lleva a extender al máximo mis tiempos para tener el honor de prologar este libro, es mi pertenencia a los cuadros docentes de posgrado de la Universidad Metropolitana, Sede Machala en donde imparto en la Maestría en Derecho con Mención en Derechos Constitucionales, Humanos y Ambientales, el módulo de antropología y ética de los DDHH y donde con los maestrantes abordamos, cuestionamos y debatimos todas estas cuestiones en donde la dignidad humana termina imponiéndose como centro final de todos los esfuerzos que el Derecho debe realizar para efectuar su contribución al bien común de cada una de las sociedades en el marco de un estado de Derecho Constitucional, que absorbe y supera la concepción liberal de un estado meramente de Derecho o Derecho Legal, motivos estos por los que debo sentirme honrado por la invitación cursada y por el esfuerzo que la Universidad de Machala realiza para portar a la comunidad jurídica la idea de los distinguidos autores que aportan sus opiniones e investigaciones al contenido de esta obra.

Que, toda la elaboración precedente basada en las experiencias personales del suscriptor, se realizan con la finalidad de señalar un marco teórico en que se desarrolla la obra que se prologa, en función de los distintos aportes de los autores.

Cuando hablamos de marcos de igualdad y no discriminación, indefectiblemente entra en conjunción como “clave de bóveda” la dignidad humana, hoy extendida a otros entes no humanos en el que se van reconociendo elementos de dignidad como tal como acontece con los seres sintientes no humanos y la naturaleza misma, como sabiamente lo establece la actual Constitución Política de Ecuador, a partir de su texto establecido en Montecristi a partir del año 2008, comenzando desde el supuesto para el reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho más allá de visiones antropológicas, y en donde se proyectan marcos de referencia de biodiversidad, abriendo horizontes de reconocimiento, mediante procesos epistemológicos para extraer los contenidos ontológicos del Derecho.

En cuanto a la dignidad humana, vamos a coincidir con Ernest Bloch, que nos dice que es un concepto complejo, en donde los paradigmas filosóficos y jurídicos debaten sus esferas conceptuales, en especial cuando se lo asocia a la idea de justicia y en donde la subjetividad humana nos lleva a hacer

creer a cada sujeto que es saber sobre lo que es justo, generando un modo muy cambiante en la utilización de dichas palabras y conceptos, en donde se entrecruzan una serie de significaciones. Ahora bien, si apelamos a una mirada desde la antropología social sobre lo que ha elaborado el corpus iure internacional sobre la idea de Derechos Humanos, a partir de las posiciones esgrimidas en el ámbito de la novel entidad multinacional de Naciones Unidas constituida a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, veremos que los conceptos que alimentan a la Declaración Universal sobre Derechos Humanos de 1948, tienen basamento en los importantes aportes realizados por Jacques Maritain, con fuerte acento en las ideas aristotélicas tomistas de la ley natural y los desarrollos de John Finnis y Germain Grisez, elaborados a partir de los principios extraídos de la Suma Teológica y de los bienes básicos humanos.

Pero, también es importante, la gran influencia de la ilustración kantiana en dicha construcción con los elementos de un ser autónomo a partir de la racionalidad y la libertad, como lo refiere en los elementos de la metafísica de las costumbres, por lo que los seres humanos merecen un trato digno y especial que favorezca su desarrollo personal distinguiendo entre fines y medios, donde estos constituyen un fin en sí mismo y no un medio del que se sirven otros individuos.

Los atributos de la persona humana no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento su esencia y naturaleza enmarcada en el contexto de humanidad. En efecto, en las últimas décadas se han producido unos cambios y transformaciones muy profundos en el significado, la estructura y la función de las fuentes jurídicas.

El reconocimiento de la dignidad humana como bien jurídico protegido, luego de las revelaciones de los tribunales Nuremberg, produjo un desbordamiento de las fuentes tradicionales del Derecho provocando que, tanto tribunales domésticos como internacionales de DDHH dejen en claro cuál es la posición de la protección de la dignidad humana dentro de la estructura del Derecho como tal. Ejemplo de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo que:

El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. (CSJN, Fallos: 316, p. 479)

Del mismo modo, la Corte Constitucional de Colombia: (Sentencia T-499/92, pp. 3-4) sentó que:

El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (CP art. 1). Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales.

A su vez, el Tribunal Constitucional de Perú estableció que: “La dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental”. En este sentido, la mayoría de los tribunales de los países de la región consideran a la dignidad como la "fuente", el fundamento, el sustrato en el que se asientan y de la que derivan todos los derechos humanos. Es, “precisamente la conexión de un derecho con la dignidad humana la que lo convierte en derecho fundamental”, por arriba de todos.

Del modo indicado, cobran relevancia los postulados del neoconstitucionalismo, como herramienta para la mejor elección para el respeto y protección de los Derechos Humanos y que a diferencia de las razones que esgrimen corrientes que las critican, tanto desde los sectores positivistas, críticos o iusnaturalistas, lo cierto es que son sus hermenéuticas las más utilizadas por los tribunales de última palabra para proteger y aplicar el principio pro persona, fundándose en el principio de igualdad y no discriminación y donde lejos de rechazar elementos de valor de dichas corrientes, los adoptan y armonizan en orden a la mejor respuesta a dichos principios esenciales para la respuesta jurídica en un Estado de Derecho Constitucional.

Sin perjuicio de lo antes expresado, también invocándose postulados neoconstitucionalistas, algunos tribunales han excedido sus competencias constitucionales, justificando en esos excesos de poder las críticas esbozadas contra dicha corriente de concepción conceptual del Derecho, aunque por fortuna, son las excepciones y no la generalidad.

La sensibilidad de la formulación neoconstitucional en sus diversas vertientes y modalidades desde una racionalidad práctica, permite visibilizar cuestiones que afectan a la dignidad humana, damnificando los postulados de la igualdad material y no discriminación, aplicando la equidad como complemento de

la justicia formal para alcanzar niveles de justicia sustancial o material. Además, facilita dar respuestas a los problemas humanos dando soluciones, no solo desde la mera judicialidad dejando paso a la interdisciplinaridad y donde el sistema jurídico se pone al servicio de dichos problemas y no al revés.

Los problemas y necesidades básicas humanas, que son los objetivos teleológicos que el Derecho está llamado a dar respuestas, no pueden ser gestionados solo desde la legalidad sin legitimidad, y esta última se configura cuando se entiende que dicha problemática se debe abordar desde las circunstancias concretas de cada uno de los casos, donde las reglas abstractas conformadas por ficciones jurídicas actúan como guías orientadoras dentro del entorno autoritativo en que se desarrollan los procesos judiciales.

Ahí emergen las hermenéuticas neoconstitucionalistas como más aptas para evitar la ruptura de la igualdad material y caer en entornos de discriminación, siendo esta última el basamento sobre el cual se sustentan los contextos y situaciones de vulnerabilidad al que puede llegar a estar expuesta la dignidad humana en su faz individual o colectiva.

De allí pues, la antropología social señala que la discriminación consiste en acciones, prácticas o políticas que, en algún sentido apropiado, se basan en el grupo social

(percibido) al que pertenecen las personas discriminadas y que los grupos relevantes deben ser socialmente destacados en el sentido de que estructuran la interacción en contextos sociales importantes (cf. Lippert-Rasmussen, 2006, p. 169, y Holroyd 2018, p. 384). Por lo tanto, los grupos basados en la raza, la religión, la edad, el género entre otras, califican como posibles motivos de discriminación en cualquier sociedad moderna. La discriminación contra las personas, entonces, está necesariamente orientada hacia ellas en función de su pertenencia a un determinado tipo de grupo social.

Pero también es necesario que la conducta discriminatoria imponga algún tipo de desventaja, perjuicio o agravio a las personas a las que se dirige. Incluso, la histórica opinión de la Corte Suprema de los EE.UU. en *Brown v. Board of Education*, aplicó hermenéuticas afines al neoconstitucionalismo al identificar elemento en la estructura social, reveladores de que la segregación racial en las escuelas públicas aplicadas en dicho país al dictar el fallo, fue inconstitucional sentando que: “La segregación con la sanción de la ley tiene una tendencia a retrasar el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado” (1954, p. 495). Por consiguiente, el tribunal dictaminó que la segregación equivale a discriminación ilegal contra los niños negros porque les imponía desventajas

educativas y psicológicas. También la discriminación está prohibida por los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

La gran mayoría de los Estados del mundo tienen disposiciones constitucionales o legales que prohíben la discriminación (Osin y Porat, 2005). Y la mayoría de los debates filosóficos, políticos y legales sobre la discriminación parten de la premisa de que la discriminación es moralmente mala y, en una amplia gama de casos, debería estar legalmente prohibida. Sin embargo, coexistiendo con este impresionante consenso global hay muchas preguntas controvertidas, lo que sugiere que hay menos acuerdo sobre la discriminación de lo que parece inicialmente. (Fuente: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* - Edición de invierno de 2020).

Desde dicha perspectivas, y ante nuevas amenaza, tales como contextos pandémicos imprevistos y la fuerte irrupción de las tecnologías 4.0, que actualmente tienen el potencial de agredir la dignidad humana y generar espacios de vulnerabilidad, producto de rupturas de la igualdad sustancial y de discriminación, pese a lo bondades y aportes al progreso que pueden brindar las últimas, los autores de esta obra nos presentan el fruto de sus investigaciones, donde partiendo de enunciados neoconstitucionalistas, señalan nuevos desafíos que

se deben abordar para seguir protegiendo la dignidad humana y para que el Derecho sea el arma más eficiente para asegurar la igualdad y la no discriminación.

En función de lo antes expresado, Gustavo Alfredo Guerra Aguayo, aborda los principios emancipadores para una educación jurídica de la condición humana en relación a la identidad y la dignidad, desde una dimensión ontológica en donde mediante la interrogación desde lo metafísico u ontológico va dando respuestas de modo sobre aquellos aspectos que conforman el ser de los principios fundantes para la educación jurídica del ciudadano que funcione para la creación de modelos y estrategias en los centros educativos y sociales.

Mas adelante, Juan José Torres-Espinoza y Jorge Chávez-Hidalgo tratan sobre los antecedentes y desarrollo del neoconstitucionalismo en Ecuador, y apoyándose en una metodología histórica comparativa y analítica-deductiva, con matices inductivas, con visión crítica refieren a las posibles y peligrosas desviaciones en que los operadores jurídicos pueden incurrir en la puja positivismo-no positivismo que se plantea a partir de la Reforma Constitucional de Montecristi en 2008.

Mas adelante, Jackson Vicente Condolo Acaro y Andree Valentín Cedillo Luna nos traen el tema del derecho a la igualdad y no discriminación en casos de orientación sexual diferente, partiendo de la progresividad de la construcción de estándares que la Corte IDH ha ido realizando mediante opiniones consultivas y casos contenciosos, pero a la vez advierten sobre la problemática del desconocimiento del jurista y de quienes forman parte de los sistemas de justicia domésticos, sobre las interpretaciones más recientes del tribunal con sede en Costa Rica, en casos de vulneraciones de derechos a la igualdad y no discriminación, por orientación sexual diferente, lo que provoca que los Estados, inobserven y no apliquen las regulaciones jurisprudenciales respecto al respeto de los derechos de esta parte de la sociedad, y la resistencia de componentes de la misma sociedad a reconocer estos derechos.

A continuación, Jéssica Lizbeth Espinoza Olaya, Carlos Andrés Chapín Zumba, Jessica Espinoza-Espinoza, nos proponen incursionar sobre estándares de debida diligencia en violencia de género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 2001 y desde allí se elaboran conclusiones para garantizar la tutela de esos derechos fundamentales y el deber elemental del Estado de investigar graves violaciones a los derechos humanos, vinculada a los deberes de prevención y garantía respecto al derecho de las mujeres en una marco actual en el que subsisten limitaciones o debilidades en el sistema para

erradicar este problema social investigado y propuestas para el diseño y ejecución de políticas públicas deben estar dirigidas a lograr el respeto y garantía de la no violencia, específicamente en el ámbito familiar o intrafamiliar, con procedimientos legales justos y eficaces.

En el Capítulo 5to., Jimmy Alberto Valarezo Román y Freddy Steven Espinoza Ortiz incursionan en el derecho a la igualdad y no discriminación en la sentencia 1035-12-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador. Analizan desde distintas dimensiones, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sus reflejos en el derecho interno expresado en *holding* de la Corte Constitucional del Ecuador, para desarrollado en la sentencia 1035-12-EP/20. Para ello, los autores apelan al método deductivo, con enfoque cualitativo, con el fin de describir el objeto desde las fuentes bibliográficas generales, hasta llegar a los estudios particulares en torno al tema. También utilizan el método de estudio histórico lógico para determinar el diálogo interjurisdiccional entre el tribunal internacional y el nacional enriqueciéndolo con estudios de los precedentes obligatorios y la doctrina de *Stare Decisis*.

En el Capítulo 6to., María José Franco Córdova y Khalil Franco Ceratto desarrollan el tema de la igualdad y no discriminación en la protección de derechos humanos. Parten del análisis de las diferentes acepciones de la igualdad y no

discriminación tanto en los sistemas de protección de derechos humanos, en la doctrina y en la normativa ecuatoriana, con el fin de desentrañar la importancia que detentan, como base del desarrollo progresivo de derechos. Utilizan el método de investigación descriptiva-comparativa, apelando además así mismo al método inductivo-deductivo y de análisis-síntesis, para la revisión de la relación entre los estándares internacionales y su interrelación con los domésticos ecuatorianos.

Finalmente, Irene Rosario Gómez Santos, introduce la temática del Derecho al trabajo de los extranjeros en España desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación. Para ello parte del derecho al trabajo en el país europeo en referencia a las personas extranjeras extracomunitarias procedentes de países no europeos como Ecuador, Perú, o Marruecos, marcando las controversias y debates en cuanto a su disfrute como derecho constitucional para estos grupos migrantes. Describe que falta adecuación del Estado español respecto a los estándares de igualdad y no discriminaciones internacionales, cuando se trata de los derechos de trabajadores de países latinoamericanos y africanos, investigación que tiene el propósito de aportar y contribuir con conceptos jurídicos para cuestionar los tratos discriminatorios en la materia.

Para concluir, en el libro que se presenta, constituye una valiosa pieza jurídica que contiene profundas investigaciones y desarrollos innovadores sobre la temática que propone, en un mundo global en donde la dignidad humana enfrenta nuevas complejidades respecto a su regla de oro de la igualdad y no discriminación y donde la corriente neoconstitucionalista, no quiere pese a sus imperfecciones, dejar de ser la mejor herramientas para las respuestas eficaces del pleno y efectivo disfrute de los derechos esenciales que como seres humanos nos merecemos, por lo que no puede faltar en ninguna biblioteca que se precie de completa en el ámbito jurídico.

En razón de lo expuesto, felicito a los autores y a la Universidad Metropolitana, Sede Machala de Ecuador, por el esfuerzo realizado para hacer llegar a los lectores el contenido de esta obra.

Dr. Eduardo José Ramón Llugdar
Santiago del Estero, Argentina
Diciembre de 2022

Introducción

La Maestría en Derecho con mención en derechos constitucionales, humanos y ambientales, y el proyecto de investigación *“Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador”* de la Universidad Metropolitana (UMET) Sede Machala, ponen a disposición de todos nuestros lectores, este libro que es el resultado del trabajo articulado y colaborativo entre docentes y estudiantes de nuestra alma mater.

Estamos ante un libro cuyo contenido se destaca por su pertinencia social al abordar como tema central “los retos del neoconstitucionalismo en materia de igualdad y no discriminación”. Es pertinente porque profundiza en aspectos de mucha actualidad en el marco del Estado constitucional, donde aborda a través de la aplicación de los métodos de la ciencia jurídica, a la igualdad y la no discriminación como auténticos derechos humanos y constitucionales. Lo hace desde aspectos claves como el aporte jurisprudencial de la Corte Constitucional, y de la propia Corte interamericana de derechos humanos mediante sus sentencias emblemáticas.

Sin duda, nuestros lectores están ante una obra que recopila las perspectivas de destacados profesionales del Derecho que, junto a sus estudiantes de pregrado y postgrado, proponen un resultado que es el producto de la mejora continua de los procesos de enseñanza-aprendizaje de la UMET Sede Machala.

El primer capítulo es de autoría del Dr. Gustavo Guerra Aguayo, profesor titular de Derecho de la UMET Sede Machala, quien plantea el tema de “La identidad y la dignidad: Principios emancipadores para una educación jurídica de la condición humana”, para referirse a la importancia de la identidad como un principio existencial cultural que expresa el sentido de sí mismo del sujeto, grupo, etnia, o nación, la diferencia respecto a los demás.

En el segundo capítulo, los docentes de pregrado, doctores Juan José Torres, y Jorge Chávez, abordan al “Neoconstitucionalismo: antecedentes, desarrollo y crítica en el Ecuador”, para constatar cuál fue el aporte de la Carta Magna promulgada en el año 2008 para la formación del Neoconstitucionalismo como lo conocemos en la actualidad.

El tercer capítulo, tiene como autores al Dr. Jackson Condolo Ácaro, docente de pregrado de la carrera, quien junto al alumno de la carrera de Derecho: André Cedillo Luna, son autores del tema “Igualdad y no discriminación en casos de orientación sexual diferente”, donde se refieren a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, desde un análisis dogmático, jurídico y crítico de las instituciones jurídicas ante la situación de vulnerabilidad que todas estas personas enfrentan, no solo por efectos de la ley, sino también, por las circunstancias de índole social, políticas y culturales en las que nos encontramos, esto demuestra un debilitamiento en la protección de los derechos de esta parte de la población.

En el cuarto capítulo encontramos los aportes de la graduada de la primera cohorte del programa de maestría en Derecho con mención en derechos constitucionales, humanos y ambientales de la UMET Sede Machala, Abg. Jéssica Lizbeth Espinoza Olaya; del estudiante de pregrado de la Carrera: Carlos Andrés Chapín Zumba, y la Dra. Jessica Espinoza-Espinoza, docente de pre y postgrado, quienes reflexionan sobre los “Estándares de Debida Diligencia en violencia de género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, para identificar la jurisprudencia de la Corte IDH, en los aspectos de: 1) debida diligencia, 2) violencia de género y 3) derecho a una vida libre de violencia; se realizó una investigación a partir de la revisión de jurisprudencia y criterios generados por la Corte IDH desde el año 2001, acerca del rol y debida diligencia frente a la violencia de género que sufren las mujeres.

En el quinto capítulo, el Dr. Jimmy Valarezo Román, docente y graduado por la carrera de Derecho de la UMET Sede Machala, en coautoría con el alumno de pregrado: Freddy Espinoza Ortiz, proponen “el derecho a la igualdad y no

discriminación en la sentencia 1035-12-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador”; trabajo que pone en valor a la jurisprudencia constitucional en su contribución al ejercicio efectivo de los derechos constitucionales.

El sexto capítulo es de la Dra. María José Franco Córdova, docente y graduada por la carrera de Derecho de la UMET Sede Machala, y el alumno de pregrado Khalil Franco Ceratto, quienes se centran en la igualdad y no discriminación a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), concretamente en la sentencia 1035-12-EP/20 de la Corte Constitucional de Ecuador.

El séptimo capítulo es escrito por la PhD. Irene Gómez Santos, diputada española, doctora en Derecho constitucional, quien ha participado en este libro como invitada internacional. La Dr. Gómez, escribe sobre “El Derecho al trabajo de los extranjeros en España desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación”, argumentando a favor del trabajo como un derecho que crea controversia y debate en cuanto a su disfrute como derecho constitucional por parte de las personas extranjeras. Sobre todo, porque es un derecho que tiene que ver con la igualdad y la no discriminación, en la búsqueda de conclusiones acerca de su reconocimiento normativo, su contenido y su ejercicio en la práctica; con una perspectiva desde la igualdad y la no discriminación.

Todo este contenido es el resultado de un proceso de reflexión continua que pone a consideración de la sociedad machaleña, orense, ecuatoriana y del mundo, un producto tangible que fusiona la interrelación, vinculación y pertinencia de distintos ámbitos institucionales de nuestra universidad.

Esta obra que hoy ponemos a su consideración, y al alcance de toda persona que tenga interés en su contenido, es el producto del esfuerzo y de nuestro compromiso social con los Derechos Humanos, el Estado constitucional de derechos, pero, sobre todo, con los procesos de calidad de la educación superior que se reflejan en el lugar central que ocupan en esta obra cada uno de nuestros docentes y estudiantes.

Dra. Jessica Espinoza-Espinoza, PhD.

Docente titular de la UMET Sede Machala. Coordinadora de la Maestría en Derecho con mención en derecho constitucional, humano y ambiental. Coordinadora del proyecto de investigación "Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador".



*La identidad y la dignidad: principios
emancipadores para una educación jurídica de
la condición humana*

Gustavo Alfredo Guerra Aguayo

AUTOR

Gustavo Alfredo Guerra Aguayo

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador. Magíster en Derecho Constitucional. Profesor Universidad Metropolitana, Sede Machala. Juez de Garantías Penales. Doctorando en Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires.

Correo: gus_guerra17@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9398-7112>

La identidad y la dignidad: principios emancipadores para una educación jurídica de la condición humana

Identity and dignity: emancipatory principles for a legal education of the human condition

Resumen

Se aborda la identidad y la dignidad como pilares ontológicos y emancipadores de la existencia del ser humano. Estos principios, vistos como valores naturales, integran la voluntad y la autodeterminación expresada en la norma jurídica y son garantes del actuar libre y consciente. El objetivo es proponer un conjunto de principios para la educación jurídica del ciudadano que funcione para la creación de modelos y estrategias en los centros educativos y sociales. Propendemos al empleo del llamado enfoque plurimetodológico y multidisciplinar, se utilizan los métodos de análisis y crítica de fuentes y el hermenéutico en la conformación teórica de la investigación y en la búsqueda e interpretación de la diversidad de parlamentos y argumentos textuales que se esgrimen en torno al tema objeto de estudio. Se define la importancia de la identidad como un principio existencial cultural que expresa el sentido de sí mismo del sujeto, grupo, etnia, o nación, la diferencia respecto a los demás, manifestados en la forma de pensar, sentir y actuar. De igual modo, la dignidad como principio ontológico que refleja la aceptación, autoestima y respeto hacia sí mismo y hacia los

demás, el modo en que reconoce su valor social y el de sus semejantes y su actuación en correspondencia con ello. Los principios propuestos contribuyen a entender estos valores como causa primera y final que media la satisfacción de necesidades e intereses individuales sobre la base del respeto a los demás y al cual se subordinan otros valores y normas jurídicas.

Palabras clave: identidad; dignidad; educación; norma; valores

Abstract

Identity and dignity are addressed as ontological and emancipatory pillars of the existence of the human being. These principles, seen as natural values, integrate the will and self-determination expressed in the legal norm and are guarantors of free and conscious action. The objective is to propose a set of principles for the legal education of the citizen that works for the creation of models and strategies in educational and social centers. We tend to use the so-called multi-methodological and multidisciplinary approach, the methods of analysis and criticism of sources and hermeneutics are used in the theoretical conformation of the investigation and in the search and interpretation of the diversity of parliaments and textual arguments that are put forward around the subject under study. The importance of identity is defined as a cultural existential principle that expresses the sense of self of the subject, group, ethnic group, or nation, the difference with respect to others, manifested in the way of thinking, feeling and acting. In the

same way, dignity as an ontological principle that reflects acceptance, self-esteem and respect towards oneself and towards others, the way in which he recognizes his social value and that of his fellow men and his actions in correspondence with it. The proposed principles help to understand these values as the first and final cause that mediates the satisfaction of individual needs and interests on the basis of respect for others and to which other values and legal norms are subordinated.

Key words: identity; dignity; education; rule; values

Introducción

En la era postindustrial, el discurso hegemónico ha instalado una matriz de pensamiento afincada en el entorno pragmático de la prosperidad con una tendencia a disolver al sujeto individual en una perspectiva globalizadora del hombre de éxito. Esta concepción desdeña al decir de Aguirre (2012), de cierto modo, las articulaciones tradicionales de algunas sociedades donde las escalas de valores del sujeto eran fundamentales en el engranaje social.

La ética, la moralidad y principios claves como identidad y dignidad en la educación jurídica es el objeto de este artículo, donde se propone un conjunto de principios para la educación jurídica del ciudadano que funcione para la creación de modelos y estrategias en los centros educativos y sociales.

Sobre el tema objeto de estudio, hace más de una década que el debate mundial es amplio y profundo derivado de la necesidad de asegurar ciudadanos aptos para transformar conscientemente la sociedad futura (Fridman, 2014; Kriger y Dukuen, 2017; Litichever, 2019). Las investigaciones han abordado cuestiones teóricas de la ética y bioética jurídica sobre la búsqueda de métodos y paradigmas de educación en valores, también se desarrollan investigaciones sobre dilemas morales para el desarrollo del juicio moral dándole continuidad a los clásicos los cuales han servido de pautas para el desarrollo de esta investigación

Dentro de la ética jurídica un lugar destacado ocupa los valores libertad y dignidad, que podemos considerarlos como transversal de todos los valores éticos (Fernández, 2001). La dimensión ética tiene que ver con nuestro modo de actuar en el mundo, las transformaciones que se están produciendo en la moldura social son tan importantes que condicionan nuestra capacidad ética y ponen en cuestionamiento, los valores humanos en el plano colectivo con importantes implicaciones en el plano individual. Lo anterior plantea interrogantes sobre los deberes y responsabilidades de los juristas en la sociedad.

En este gran empeño corresponde según Franganillo et al. (2020) a las instituciones educativas la alta misión de perfeccionar los recursos humanos. La ciencia debe constituir un elemento central en la solución de los problemas del entorno. Dentro de este contexto, un lugar destacado ocupa el perfeccionamiento continuo de los profesionales, calificados de

orientar la actividad cotidiana hacia el reconocimiento del individuo como valor supremo, pues es el ser humano, su vida, bienestar, salud, cultura, libertad, dignidad y progreso lo que le da el verdadero sentido a la ciencia. En las instituciones educativas han de existir especialistas altamente competentes en su esfera laboral, capaces de asimilar los retos de su época, pero a su vez con una sólida ética profesional, conscientes del sistema de normas, principios y valores que requiere el entorno.

El presente estudio realizado, parte del trabajo dentro el proyecto de investigación científica Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador (Medina et al., 2021) como de la Maestría en Derecho mención Derechos constitucionales, humanos y ambientales (Medina y Portela, 2020).

Método

Propendemos al empleo del llamado enfoque plurimetodológico y multidisciplinar sustentado en la triangulación de concepciones, fuentes y métodos. Se utilizó el método de análisis-síntesis para el procesamiento de la información obtenida de la consulta de las diferentes bibliografías y en la caracterización del objeto y campo de acción de la investigación. De igual modo, el método hermenéutico jurídico

para el estudio profundo de documentos, concepciones de los diferentes autores y fuentes teóricas. Así como, el método histórico jurídico para el análisis de las tendencias en los estudios acerca de la formación de valores en los estudiantes de Derecho.

Resultados

Fronzizi (1958) es un teórico que expone una concepción axiológica que pretende superar los extremos en los enfoques precedentes. En su propuesta toma como fuente del valor la relación sujeto-objeto, en la que coexisten dos facetas: una objetiva y otra subjetiva.

En la comprensión de Fronzizi (1958), los componentes del valor son: el sujeto, el objeto y la valoración. Para él, los valores integran las propiedades naturales de las cosas pero también responden a las necesidades e intereses de los hombres. Es importante asimismo, la distinción que establece entre lo "deseado" y lo "deseable".

Otro teórico como Fabelo (2003) introduce una propuesta donde intenta superar las comprensiones unilaterales en el examen de los valores, la que denomina visión pluridimensional de los valores. En ella reconoce tres dimensiones que se corresponde con tres planos de análisis diferentes e interdependientes: la dimensión objetiva, la dimensión subjetiva y la institucional.

Los valores juegan un papel muy importante en la configuración de las relaciones sociales. Los valores son aspectos de las relaciones sociales que tienen un papel orientador con relación al comportamiento de los seres humanos y esta función tiene características específicas en el medio familiar.

Estos valores son elementos muy centrales en el sistema de creencias de las personas y están relacionados con estados ideales de vida que responden a nuestras necesidades como seres humanos, lo que nos permite tener referentes para evaluar a otras personas, a los hechos y acontecimientos e incluso a nosotros mismos.

Los valores son representaciones cognitivas inherentes a tres formas de exigencia universal: las exigencias del organismo, las reglas sociales de interacción y las necesidades socio-institucionales que aseguran el bienestar y el mantenimiento del grupo.

Así, según Schwartz (1990), los sistemas de valores se organizan alrededor de tres dimensiones fundamentales: el tipo de objetivo (trascendencia o beneficio personal; conservación o cambio), los intereses subyacentes (individuales o colectivos), el dominio de la motivación (tradicición, estimulación, seguridad).

El enfoque de Schwartz (1990) es muy interesante porque concibe una proyección de los valores que comprende lo singular, lo social y lo institucional y nos permite reflexionar

sobre sus múltiples y complejas relaciones y determinaciones. Por otra parte, el fundamento objetivo en la constitución de los sistemas de valores está, a nuestro juicio, muy bien asociado con los conceptos objetivos e intereses individuales o colectivos.

Aplicado a nuestro análisis, nos permite comprender las complejidades en la proyección de los valores deseados desde las diferentes estructuras sociales hacia la familia. Por supuesto, aunque en nuestro análisis, la familia juega un papel muy importante, no es el único elemento. El ser humano es una urdimbre de energías orgánicas que se enlazan para incitar a la acción y la obtención de las metas y objetivos de la vida.

Los problemas humanos principales a los que el hombre se tiene que enfrentar y para los cuales tiene que prepararse adecuadamente, siguiendo a Schwartz (1990) son:

1. Problemas personales: los relacionados con la salud, su conducta, las preocupaciones, experiencias sentimentales.
2. Problemas de relación: son los fracasos y conflictos en nuestras relaciones familiares, de trabajo, de estudio, de las amistades, etc.
3. Problemas familiares: los relacionados con el funcionamiento del hogar y el matrimonio.
4. Problemas de trabajo: los relacionados con la vida laboral.
5. Problemas económicos: se refieren a las dificultades de recursos financieros.
6. Problemas culturales: se refieren a la educación y a la capacitación.

7. Problemas ambientales: se relacionan con el medio circundante al hombre. (p. 9)

Para poder enfrentar adecuadamente esos problemas existenciales y darle una solución humanista y cultural, el sujeto requiere de un sólido sistema de valores que le permitan orientarse en la complejidad de la vida.

En nuestra percepción, los valores son sistemas de relaciones complejas entre el sujeto, el objeto y los restantes sujetos, a través de las cuáles se expresan múltiples niveles de significación social de esos fenómenos, procesos, relaciones, sujetos y entidades para el hombre. Partimos del principio de que exista una diversidad tipológica de los valores y cada uno de ellos juega una función determinada dentro del sistema. Por eso no compartimos la idea de que en términos absolutos haya valores principales y secundarios. Se trata de que un valor que muchos autores ubican en la periferia, se puede constituir en esencial con relación a una profesión determinada. En lo que si concordamos con numerosos autores es que existen valores centrales como la dignidad, la justicia, lua libertad entre otros.

Es grande la responsabilidad y el rol de las universidades latinoamericanas frente a los desafíos económicos, sociales y éticos contemporáneos (Quijano et al., 2016). En la historia del ser humano se distinguen cuatro grandes eras: la nómada, la sedentaria, la industrial y la del conocimiento y afirma que: en un principio el conocimiento fue aplicable al ser, cuando el conocimiento se hizo aplicable al hacer, se creó la revolución

industrial, cuando el conocimiento se hizo aplicable al trabajo, se introdujo la revolución de la productividad, y ahora que el conocimiento es aplicable al conocimiento mismo, entonces estamos en la era del conocimiento.

Al encontrarnos en la era del conocimiento, las universidades juegan un papel preponderante y vital, dado que a la universidad le corresponde formar el principal recurso de una sociedad u organización, el recurso humano. La calidad en la formación profesional depende no sólo de los conocimientos y habilidades que desarrolle en el currículum universitario sino también de los intereses y valores que regulan su actuación profesional.

La globalización, ha alterado los patrones de competitividad encontrando en el conocimiento y en la capacitación profesional, su principal soporte. La calidad y productividad de una economía se apoya cada vez más en el conocimiento científico y en los avances tecnológicos.

La Universidad tiene como desafío formar un profesional con una actitud mental positiva, que, ante los distintos problemas sociales e institucionales se planteen soluciones que en su actuar, tengan siempre un programa que haga el mayor esfuerzo; en realidad saber, por ser productivo, con respuestas, capaz de decidir, que las distintas circunstancias de su vida sean vistas como oportunidades para su existencia. Con autoestima necesaria y suficiente para lanzarse y ser audaz en los grandes retos y desafíos que le plantea la sociedad.

Las altas casas de estudios deben formar profesionales que sean capaces de hacer un viaje a la interioridad personal e institucional, que aprendan a relacionarse con los demás en un entorno donde sean unos artífices con un trato de excelencia (Linares-Corder et al., 2021). Profesionales responsables que tengan una escala de valores y se conviertan en líderes de la sociedad. Sin duda, la educación en valores permite convertir al ser humano en ser superior.

¿Cómo evaluar el nivel de la actitud de los estudiantes del Derecho ante valores intrínsecos a la naturaleza humana como la dignidad y la identidad?

La respuesta a esta interrogante presupone la determinación de los principios que permitan diferenciar los disímiles grados de actitud ético-moral. Asumir principios en la educación en valores, indica una amplia experiencia en el trabajo científico experimental. Estos principios para la educación moral se manifestarán de manera diferente en las distintas etapas de desarrollo, incidiendo en todas las formas psicológicas del desarrollo moral.

Establecemos aquí un conjunto de principios del funcionamiento complejo de la personalidad, entre los más importantes indicadores se encuentran:

- a) Flexibilidad-rigidez: se expresa en la posibilidad que tiene el sujeto de reorganizar los contenidos socio-humanísticos, culturales y de la profesión, de enriquecerlos,

reconceptualizarlos para poder cambiar decisiones, proyectos.

- b) Tendencia activa a concienciar: el sujeto establece hábitos de autorreflexión, asignando tiempo a concienciar los principales contenidos de la personalidad.
- c) Dimensión temporal: se refiere a la organización que hace el sujeto de sus contenidos en dinámicas pasado-presente-futuro. Hay que observar la dimensión temporal desde la cual el sujeto regula su comportamiento: pasado-presente, futuro-presente o presente.
- d) Dependencia-independencia: se trata de una dinámica que le permite al sujeto realizar elecciones y elaboraciones de proyectos actitudinales con mayor o menor libertad, con independencia o no de los criterios de los demás.

Las expresiones de los principios señalados fueron resignificados para evaluar los niveles de implicación de los sujetos en actividades académicas, ese nuevo significado de los indicadores es llevado por el autor de esta investigación al campo de la dirección de la actividad jurídica, y se concreta en la evaluación de las diferentes expresiones de la actitud ético moral a través de las siguientes manifestaciones empíricas:

Manifestaciones cognoscitivas más relevantes de la actitud ético moral

- Carácter mediato: en la regulación del comportamiento actitudinal del profesional del Derecho, dadas las particularidades de esta profesión, la ejecución no es

espontánea ni reactiva, si no mediatizada por el potencial personal y por sus propias necesidades. En este caso, se dispone de condiciones para prefigurar idealmente la conducta adecuada, planifica a mediano plazo y se libra de la inmediatez.

Manifestaciones afectivas más relevantes

- **Carácter propositivo:** el profesional del Derecho establece sus propias metas, las que superan los límites de los resultados deportivos, el nivel de concientización del objetivo, el método y la forma de organización de la conducta, por eso tiene plena conciencia de cómo actuará.

Manifestaciones comportamentales más relevantes

- **Carácter crítico–transformador:** en este caso, la aprehensión de la información obtenida de la práctica sistematizada de la actividad profesional no es estereotipada, donde el profesional del Derecho puede encontrar alternativas y tiende a revisar lo que hace, reflexionando sobre la forma de modelar la nueva conducta a ejecutar.
- **Carácter activo:** se refiere, no sólo a las manifestaciones conductuales externas observables, sino además a la creación mental de patrones valorativos reguladores de dicha conducta, mediante la elaboración de juicios, modelos y estereotipos propios ligados a situaciones concretas.
- **Manifestación de rasgos volitivos:** estos rasgos son perfectamente observables, cuando no se desiste fácilmente,

se mantiene con firmeza la postura adecuada resultante de los puntos de vista y criterios asumidos, además de buscar soluciones ante los posibles contratiempos y obstáculos que puedan aparecer en el desarrollo y realización de la actividad para así adecuar la conducta deseada.

En resumen, creemos que todos estos rasgos característicos de la actitud ético moral pueden ser considerados manifestaciones empíricas del nivel conductual del profesional del Derecho.

La palabra valor incluye dos aspectos, la significación y la orientación a la acción, por lo que también puede utilizarse en relación con los principios, aunque en su acepción filosófica una moral de valores se opone a una moral de principios. Los valores pertenecen al orden del bien o del ser, como el valor de la vida, la dignidad de la persona o la autonomía del hombre como ser libre. El respeto a esos valores funda los principios éticos de respeto a la vida, prohibición de matar, autodeterminación, etc. Los principios y reglas -las normas- deben estar al servicio de los valores y traducirlos en términos operativos.

De igual modo, se exponen los requerimientos metodológicos para la conformación de una guía, que incluye los resultados de la aplicación del diagnóstico, los componentes esenciales que contiene y las acciones a ejecutar.

Teniendo en cuenta la conceptualización de la una guía que puede servir para confeccionar una estrategia educativa y los procedimientos metodológicos para el proceso de formación de valores en correspondencia con las características de los sujetos investigados y las condiciones en que transcurre su educación actual, se identifican los siguientes requerimientos metodológicos generales.

1. Identificación de las regularidades y fundamentos teóricos, (sobre la base del análisis bibliográfico) que caracterizan el fenómeno de la educación en valores en profesionales del Derecho en todas sus dimensiones.
2. Diseño de un diagnóstico inicial, que permita determinar las características de las estudiantes profesionales del Derecho y las fortalezas y debilidades del tratamiento pedagógico que se realiza.
3. Determinación del componente axiológico en los elementos del tratamiento educativo teniendo en cuenta las características de cada proceso, las acciones que se cumplen, el sistema de tratamiento educativo y demás componentes curriculares.
4. Jerarquización del sistema de valores a formar, según los resultados del diagnóstico, el contexto y las condiciones donde se desenvuelve el tratamiento educativo, en este caso la identidad y la dignidad.
5. Determinación de un conjunto de influencias coherentes en las Universidades, que permita lograr una integración de los elementos internos que lo componen y su entorno con el fin de cumplir los objetivos.

6. Planificación de los componentes de la Estrategia a partir del diagnóstico, los elementos que componen la Universidad, el sistema curricular de actividades del tratamiento educativo, con una participación protagónica de profesores y alumnos.
7. Implementación de la estrategia educativa con fines axiológicos, con una participación activa de sus responsables.
8. Establecer el control y la evaluación de los resultados como un proceso sistemático, desde la aplicación del diagnóstico inicial y sus resultados hasta la evaluación y corrección de las insuficiencias detectadas en la implementación de la Estrategia a través del diagnóstico final y la valoración de los resultados.

Según los objetivos trazados en esta investigación, solo se concibe hasta la planificación de la guía de la Estrategia se toma como base lo anterior para la elaboración de la Estrategia Educativa, siendo sus etapas las siguientes:

1. Aplicación del diagnóstico inicial a través de los instrumentos diseñados y la caracterización del problema.
2. Planificación de la estrategia (componentes esenciales y los mecanismos de control y evaluación)
3. Elaboración del sistema de acciones estratégicas.

Primera Etapa: diagnóstico inicial y caracterización del problema, para realizar un acercamiento al conocimiento de la manifestación del problema desde el punto de vista empírico, se

determina el estado actual de la formación de valores en la carrera y el tratamiento durante y después de su aplicación.

Durante el período de diagnóstico inicial se debe tener en cuenta los siguientes pasos:

1. Elaboración de los objetivos del diagnóstico inicial y determinación de las dimensiones e indicadores para evaluar el estado actual de la formación de valores en el Centro Universitario y la carrera.
2. Selección de los instrumentos, técnicas y métodos que permitan la información pertinente sobre el estado de la formación de valores y las debilidades y necesidades de los estudiantes de Derecho.
3. Elaboración o adecuación de los instrumentos, técnicas y métodos en correspondencia con las particularidades de los estudiantes de Derecho, el conocimiento de los profesores y las condiciones existentes para el diagnóstico.
4. Aplicación del diagnóstico inicial.
5. Procesamiento de la información obtenida e interpretación de los resultados obtenidos.
6. Conformación de la caracterización socio- psicológica de los estudiantes de Derecho y diagnóstico del estado actual del proceso educativo, determinando las debilidades, necesidades educativas y fortalezas del sistema.

Para la elaboración de los objetivos del diagnóstico inicial y determinación de las dimensiones e indicadores para evaluar el estado actual de la formación de valores, se debe realizar a

través del intercambio, todo lo que permita obtener importantes informaciones y unificar criterios sobre cómo organizar el proceso.

Discusión

Los valores se convierten en elementos reguladores de la conducta cuando devienen motivos de la actuación del sujeto. Se ha demostrado que los valores son unidades psicológicas de la personalidad que se expresan a través de otras unidades psicológicas, siendo componente de la personalidad, aparecen en sistema como expresión de la integridad entre lo cognitivo y lo afectivo, entre lo interno y lo externo, entre lo social y lo individual, ya que estos funcionan como modeladores y reguladores de conducta y ayudan a la preservación de una convivencia armónica (Palomeque-López y Hernández-Romero, 2021).

La identidad es un valor y un principio existencial cultural que expresa el sentido de sí mismo del sujeto, grupo, etnia, o nación, la diferencia respecto a los demás, manifestados en la forma de pensar, sentir y actuar.

Aunque numerosos autores ofrecen el concepto de identidad desde diversas perspectivas, en todos es común que la identidad es lo que nos identifica y a la vez nos diferencia, teniendo conciencia de pertenencia a un grupo u otro, es auto reconocer la igualdad y la diferencia. Es una categoría que expresa la igualdad de un objeto, proceso o fenómeno consigo mismo y establece su

diferencia con los demás. La identidad se desarrolla, cambia, se transforma, pero se mantienen siempre estables toda una serie de rasgos que lo cualifican. Se trata de un proceso que va de lo individual a lo particular y de este a lo general. Es también un sentimiento que se traduce en un compromiso de participación en las prácticas sociales de la nación, la región o zona a la que se pertenece.

Dos elementos marcan internamente el concepto de identidad como valor: las pautas culturales y la tradición. La identidad como valor es génesis de las pautas culturales de un sujeto o grupo social. Estas son las configuraciones socio-culturales que adoptan criterios racionales o no, acerca del conocimiento en relación a la naturaleza, la sociedad y el pensamiento. Configuraciones que se vuelven específicas en la vida comunitaria y moldean los entornos: natural, social, cultural, mítico, religioso, moral, ético, imaginativo, axiológico y simbólico. Se distinguen por sus características peculiares en dependencia del espacio, el tiempo en que se presentan y sean asumidas por los miembros de una comunidad determinada.

Las pautas culturales, por tanto, posibilitan distinguir una comunidad de las otras, pues se configura un sujeto con características distintivas acordes al entorno comunitario, elemento que llega a conformar la conciencia de pertenencia. Este concepto no solo abarca los patrones conductuales, normas, reglas, sino también conjuntos de pensamientos, prácticas, ideas y enfoques del mundo; además precisa las particularidades culturales del grupo, comunidad o sociedad.

La identidad se despliega en un espacio geo socio cultural concreto, donde la tradición desempeña un papel vertebral. La identidad se forma en la interacción de la tradición y la aculturación, dando como resultante la transculturación.

La tradición como un fenómeno cultural está presente en todas las sociedades, es la suma de formas de conducta social y ritual aprendidas y transmitidas de una generación a otra, y que contribuyen a caracterizar el universo cultural de la comunidad.

Por ende, la tradición es un mecanismo de acumulación y trasmisión de la experiencia social mediante su estereotipificación¹. Tal enfoque proviene de la visión antropológica sobre tradición como cualquier estereotipo de actividad practicado por grupos humano. Es decir, el primer criterio que distingue a la tradición es que posee un significado colectivo en cuanto es reconocida, aceptada y sancionada por una comunidad, o por grupos que la poseen y transmiten. Por tanto, los estereotipos individuales de actividad quedan al margen de la tradición propiamente dicha. Estos actos pueden llegar a transformarse en tradición tan solo si son aceptados por el grupo convirtiéndose así en estereotipos sociales.

Por eso, la tradición y la identidad más que relacionadas se conforman entre sí. La tradición es la médula a través de la cual van a girar las identidades porque las identidades se reconfiguran, se objetivan a través de las prácticas de dichas tradiciones.

¹ Es un estereotipo porque está apoyado en el uso y la costumbre y en cómo esa comunidad sanciona esas normas.

Por otro lado, tenemos el valor dignidad, para muchos el valor que define el carácter de libertad existencial de un individuo. La dignidad expresa el modo en que el hombre comprende su deber y responsabilidad ante la sociedad y actúa conforme a esas convicciones. Expresa la disposición de sujeto de cumplir con sus obligaciones sociales, vinculando este concepto a la responsabilidad moral, la cual refleja el modo en que el sujeto cumple conscientemente con el deber moral social y con las normas jurídicas establecidas. El sujeto responsable es serio y eficaz en el trabajo, es capaz de medir las consecuencias de sus actos, se siente satisfecho de cumplir con su deber. No necesita amenaza, premio ni castigo. Está plenamente comprometido con los deberes sociales y disfruta su cumplimiento con satisfacción. Es libre de sus actos porque actúa con conocimiento de causa, riesgos y consecuencias. Se siente satisfecho de actuar según las normas y de ser respetado y reconocido por los demás. A esto se une la responsabilidad ante la sexualidad que refleja también la capacidad de amar, respetar y ser respetado. El conocimiento de los deberes sociales, la identificación positiva con ellos y la actuación en correspondencia revela la responsabilidad del sujeto. En esta relación, la responsabilidad de la persona le confiere el respeto de los demás y el de sí mismo, deviene como núcleo de la dignidad.

Según Fabelo (2003) aquí se manifiesta la excelencia del ser personal que quiere expresar la palabra "dignidad". El hombre es el único ser verdaderamente libre, profundamente libre, íntimamente libre que hay en nuestro universo material. Y su

libertad se manifiesta como poder. Poder libre frente al poder de la naturaleza, frente a los mismos datos y hechos reales que le presenta el conocimiento -que puede admitir o no-, frente a las demás libertades.

La identidad y la dignidad como valores ontológicos de la naturaleza humana tienen su centro psicogenético en la familia (Franganillo et al, 2020). En la familia se asienta la primera adscripción de los individuos, es el primer grupo de referencia para cualquier ser humano, siempre la ha sido y continúa siéndolo, constituyendo por ende una institución socio cultural de las más importantes y a su vez la base de toda sociedad. Considerada como un sistema abierto, o sea, como un conjunto de elementos ligados entre sí, por reglas de comportamiento y por sus funciones dinámicas en constante interacción entre sí y el exterior.

Es un grupo social donde se configura el sistema de interacción entre las personas que lo conforman, en el que se experimentan las primeras experiencias sociales en una vinculación por largo espacio de tiempo y caracterizadas por ser de un modo muy intensas. Es una institución, por constituir una forma de la organización social que norma la interacción de sus miembros, formando un elemento de las condiciones sociales de existencia del ser social, estando regulado por normas y valores de diversa índole existente en la sociedad.

Es por excelencia la unidad básica de la convivencia de los seres sociales, por su rol básico y condición primordial de los procesos de integración a la comunidad y como institución y

grupo es donde se desarrolla la personalidad. Constituye un nexo importante entre la estructura social y la individual, y por tanto un medio que, en correspondencia con su tratamiento, puede para Kriger y Dukuen (2017) favorecer o contrariamente entorpecer el proceso de viabilidad del proyecto social predominante.

Esta organización social cumple disímiles funciones avaladas por Landa (2002): sociales; biosocial; económica y cultural espiritual, en el cumplimiento de estas deviene la socialización de la nueva generación. En el microclima familiar, el niño y el joven adquieren todos los conocimientos, capacidades y habilidades vinculadas con su desarrollo físico y espiritual para lo cual el tiempo libre que transcurre dentro de la familia proporciona un espacio de especial importancia.

De lo anterior, la socialización es el proceso por el cual el individuo adquiere la cultura de la sociedad a que pertenece, mediante el aprendizaje y aceptación interna de las normas y valores fundamentales y estructura su personalidad a través de la maduración del sí mismo y una asunción de roles suficientes que a juicio de Litichever (2019) entabla relaciones sociales o interactúa socialmente de forma satisfactoria con los demás.

Adquiere la designación de primaria cuando acontece en las etapas fundamentales de la educación del niño o la niña en la familia y la escuela, y denominación de secundaria, cuando ocurre en situaciones más amplias que estas y mediante fenómenos más generales de transmisión de la cultura de la sociedad a los individuos. En sentido general la socialización según es concebida como proceso, a través del cual se desarrollan según López (1996)

los rasgos individuales en conformidad con las pautas sociales (ideales y valores) determinantes, como proceso sociopsicológico que posibilita conformar la personalidad bajo el influjo de la familia y otras instituciones.

La familia satisface necesidades básicas en la formación de los hijos, en particular, la necesidad de afecto y seguridad y sobre esta base desarrolla la función educativa. Como plantea Savater (1997) “el aprendizaje familiar tiene como trasfondo el más eficaz de los instrumentos de coacción: la amenaza de perder el cariño de aquellos seres con los que uno no sabe cómo sobrevivir” (p.23) todo lo cual ocurre a partir de los mecanismos básicos de la socialización, fundamentalmente, la identificación con los patrones de conducta y valores que emanan de los modelos adultos, a través del proceso de comunicación.

Es por lo anteriormente expresado que lo aprendido en la familia adquiere una gran fuerza persuasiva, traducida en la formación de sólidos principios o valores de gran significación y que conducen a la configuración de la historia personal del individuo, es decir la socialización primaria (Schwartz y Bilsky (1990).

La familia como grupo social tiene entre sus funciones la de socialización y es en este contexto donde cobra su mayor significado en el adolescente, estando presentes las contradicciones entre las diferentes costumbres y culturas de la propia etapa en que se desarrolla el individuo, como nos ha recordado Savater (1997), la socialización es el proceso por el cual un nuevo individuo se convierte en integrante de un grupo social. Es un proceso familiar y suave cuando opera en el seno de una familia, como suele suceder, pero tiene sus patologías. Ellas

no derivan únicamente de la emigración con su carga de choque cultural y desnivel económico; también para Vázquez et al. (2021) existen otras perversiones que son fruto del mismo sistema. Además, no debemos olvidar que cada época trae sus problemas específicos; la nuestra tiene que ver con la ausencia de normas y valores compartidos firmemente por toda la sociedad, (o por su gran mayoría.) Es una época *anódica por definición*.

Conclusiones

La identidad es un valor cultural que expresa el sentido del sí mismo del sujeto, grupo, etnia, clase o nación, la diferencia respecto a los demás y que se manifiesta en la forma de pensar, sentir y actuar como un ente transformador. La dignidad: es el valor moral que refleja la aceptación, autoestima y respeto hacia sí mismo y hacia los demás, el modo en que reconoce su valor social y el de sus semejantes y su actuación en correspondencia con ello.

Son valores-principios porque constituyen la causa primera y final que media la satisfacción de necesidades e intereses individuales sobre la base del respeto a los demás y al cual se subordinan otros valores y normas. La identidad deviene valor principio en tanto constituye la base del ser y el sostén del sujeto, sus proyecciones sociales y axiológicas, su estructura ética como persona, su sentido de pertenencia y respeto al otro, que se proyecta en la mediación con otros valores.

La dignidad es valor principio que revela el respeto del sujeto hacia los demás y hacia sí mismo, es ley primera hacia la condición humana y a la vez expresión de la identidad. La

existencia de la identidad y la dignidad en el modo de pensar, sentir, actuar del sujeto, sólo puede concebirse en el sistema de interacciones con los demás valores éticos y humanos generales.

Es una obligación de cada uno de los factores que inciden en la formación de los futuros juristas educarlos en una actitud ético moral, propiciando la valoración, la libre elección, la participación, la toma de decisiones; pero a la vez exigir por las consecuencias de sus actos, que sean capaces no sólo de elegir, sino también de responder por sus decisiones, de manera tal que en la medida que el estudiante de Derecho transite por los diferentes años de la carrera, asuma de forma responsable las situaciones que cada vez más lo acercan a su encargo social.

La dignidad y la identidad en su relación con la actividad jurídica, se identifica en los valores humanos esenciales, sociales, que deben caracterizar la conducta ética del profesional de Derecho, buscando mejorar conscientemente el desempeño de la responsabilidad en el marco profesional, en función de un perfeccionamiento hacia la excelencia de los servicios jurídicos, lo que incluye la integración de los principios morales, la ética jurídica, la conciencia moral, la educación jurídica, la ética profesional y la justicia.

Un profesional del Derecho es responsable, no porque conozca la importancia del valor responsabilidad o las circunstancias lo obliguen a ser responsable, sino porque siente la necesidad de actuar responsablemente. El encargo, por tanto, se convierte en verdaderos reguladores de la conducta, cuando los valores constituyen motivos de la actuación del sujeto.

Referencias

- Aguirre, N. (2012). La confianza, los valores y el capital social en jóvenes. Hacia una comprensión de la trascendencia humana. *Revista de Investigaciones*, 23 (2). [http://www.blade1.uniquindio.edu.co/uniquindio/revista-investigaciones/adjuntos/pdf/3da2_Art%2011%20\[galera\].pdf](http://www.blade1.uniquindio.edu.co/uniquindio/revista-investigaciones/adjuntos/pdf/3da2_Art%2011%20[galera].pdf)
- Fabelo, J. (2003). *Los valores y sus desafíos actuales*. Editorial José Martí
- Fernández, E. (2001). *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Edit. Instituto de Derechos Humanos.
- Franganillo, F., Sánchez, L., García, M. A., & Marquès, A. (2020). Fostering social change through short films: how to train future media professionals in an interdisciplinary and applied way. *Journal of Higher Education Theory and Practice*, 20(12), 106-114. <https://franganillo.es/short-films.pdf>
- Fridman, D. (2014). El sistema escolar de convivencia: una mirada desde su sanción hasta su implementación actual en la ciudad de Buenos Aires. *Revista Irice*, 27, pp. 123-149. <https://ojs.rosario-conicet.gov.ar/index.php/revistairice/article/view/568>
- Fronzizi, R. (1958). *¿Qué son los valores?* (vol. 135). Fondo de cultura económica. <https://cmapspublic3.ihmc.us/rid=1NK0G3H92-Q332NV-2FD9/Los%20valores.pdf>
- Kruger, M., y Dukuen, J. (2017). Haciendo de la necesidad virtud: socialización política y herencia familiar entre

becarias de un colegio de clases altas (CABA). *Revista Pilquen*, 20(3), 67-81.
http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-31232017000300006

Landa, C. (2002). *Dignidad de la persona*. Edit. Cuestiones Constitucionales

Linares-Corder, M., Martínez-Díaz, P., y Mendoza-Taño, R. (2021). Los valores morales: génesis, crisis y redención. *Investigaciones Medicoquirúrgicas*, 13(3).
<http://www.revcimeq.sld.cu/index.php/imq/article/view/717>

Litichever, L. (2019). Dinámicas de la convivencia: nuevos modos de resolver los conflictos en las escuelas. En P. Núñez, L. Litichever y D. L. Fridman (comps.). *Escuela secundaria, convivencia y participación*. Colección Educación y Sociedad 05-Eudeba-OEI.

López Díaz, E. (1996). *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*. Edit. Dykinson

Medina Peña, R., y Portela, J. (2020). La formación ambiental universitaria a través de Programa de Maestría de Derecho, Universidad Metropolitana de Ecuador. *Revista Conrado*, 16(73), 254-259.
http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442020000200254

Medina, R., Román, J. V., y Romero, C. D. R. (2021). Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo Latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 213-225.
<http://institutojubones.edu.ec/ojs/index.php/societec/article/view/130>

- Palomeque-López, M, y Hernández-Romero, G. (2021). Value formation in university students. *Revista Cubana de Educación Superior*, 40(2), e10. Epub 01 de abril de 2021.
http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0257-43142021000200010&lng=es&tlng=en.
- Quijano, D, Quile, O, y Alegre, C. (2016). Elección y preferencia de valores en estudiantes universitarios mexicanos. Profesorado. *Revista de Currículum y Formación de Profesorado*, 20 (2).
<http://www.redalyc.org/pdf/567/56746946002.pdf>.
- Savater, F. (1997). *El valor de educar*. Ediciones Maxixo. Instituto de Estudios educativos y Sindicales de América.
- Schwartz, S. H., & Bilsky, W. (1990). Toward a theory of the universal content and structure of values: Extensions and cross-cultural replications. *Journal of personality and social psychology*, 58(5), 878.
<https://psycnet.apa.org/buy/1990-25308-001>
- Vázquez Laba, V., Palumbo, M. y Kohan, A. (2021). Por una emancipación singular. En D. Losiggio y M. Solana (comps.). *Acciones y debates feministas en las universidades*. Editorial UNAJ.



El Neoconstitucionalismo: antecedentes, desarrollo y crítica en el Ecuador

*Juan José Torres Espinoza
Jorge Chávez Hidalgo*

Juan José Torres-Espinoza

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad de Guayaquil, Magíster en Fiscalidad Internacional por la Universidad de la Rioja, España, Doctorando en la Universidad Católica de Argentina, Docente en Carrera de Derecho de Universidad Metropolitana Sede Machala, Ecuador.

Correo: jtorres@umet.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0001-9352-5698>

Jorge Chávez-Hidalgo

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad del Pacífico, Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo de la ciudad de Guayaquil, Ecuador, Docente en Carrera de Derecho de Universidad Metropolitana Sede Machala, Ecuador.

Correo: jchavez@umet.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-2946-4733>

El Neoconstitucionalismo: antecedentes, desarrollo y crítica en el Ecuador

Neoconstitutionalism: background, development and
criticism in Ecuador

Resumen

En Ecuador, hace algún tiempo se venía desarrollando un Estado de Derecho, que, a buen entendimiento, preponderaba la corriente ius positivista y el régimen normativo legalista. El comportamiento entonces de nuestro sistema jurídico y del andamiaje que lo componía, se remitía más a la norma que a la protección de los derechos de las personas dejando de lado prácticamente, los principios que tanta importancia juegan hoy en día, como base y fin del Derecho positivo. En Montecristi, a través de la Asamblea Constituyente se obtuvo el compromiso de elaborar un texto constitucional que pueda resolver estas necesidades de atención eficaz y que a su vez pueda cambiar toda la pirámide constitucional en virtud del fenómeno de irradiación. A su vez, esta novedosa Constitución, tenía la función de crear herramientas, siendo más precisos, garantías jurisdiccionales que nos permitan alcanzar ese verdadero sentido de justicia y como consecuencia se pueda obtener una optimización de recursos. Es así que en el 2008 surge una Constitución bastante novedosa con un amplio contenido de

principios, derechos y garantías que brindaban la posibilidad de acudir a un sistema de justicia eficaz y eficiente. En el presente artículo se recopilará información por medio del método histórico comparativo, método analítico, método deductivo, método inductivo, que permitan constatar cuál fue el aporte de la Carta Magna promulgada en el año 2008 para la formación del Neoconstitucionalismo, como lo conocemos en la actualidad.

Palabras clave: Constitución; legalista; principios

Abstract

Ecuador, some time ago had been developing in a rule of law, which, to good understanding, prevailed the ius positivist current and the legalistic normative regime. The behavior then, of our legal system and the scaffolding that composed it, referred more to the norm than to the protection of the rights of the people; practically leaving aside the principles that play so much importance today as the basis and purpose of positive law. In Montecristi, through the constituent assembly, the commitment was obtained to elaborate a constitutional text that can solve these needs for effective care and that, in turn, can change the entire constitutional pyramid by virtue of the irradiation phenomenon. In turn, this new constitution had the function of creating tools, being more precise, jurisdictional guarantees that allow us to achieve that true sense of justice and, as a consequence, an optimization of resources can be obtained; Thus, in 2008, a fairly innovative constitution emerged with a

broad content of principles, rights, and guarantees that offered the possibility of resorting to an effective and efficient justice system. In this article, information will be collected through: comparative historical method, analytical method, deductive method, inductive method, which allow us to verify what was the contribution of the Magna Carta promulgated in 2008 for the formation of neo constitutionalism as we know it in the present.

Key words: Constitution; legalist, principles

Introducción

La actual Carta Magna en el orden jerárquico normativo, es la norma suprema de nuestro Estado, donde se establece la estructura, organización, principios, derechos y garantías que beneficia a todos los ecuatorianos (Constituyente, 2008).

Siendo la Constitución la gran promotora del verdadero contrato social junto con la democratización de la misma, bajo esa premisa, es de esperar que las personas asocien el sentido de verdadera justicia con el amparo total de principios, derechos y garantías para todos los ciudadanos, entendiéndose como una realización plena de esta; el alcance a todos los seres humanos e incluso, en el caso particular de nuestra legislación, a la naturaleza como ente o sujeto de derechos constitucionales (Ferrajoli, 2001, p. 41).

El instrumento constitucional se extiende como una sombrilla que acoge bajo su sombra, a todo el ordenamiento jurídico. Se trata entonces, de una especie de “constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico”, aquello termina siendo de poco agrado para los doctrinarios formales (Carbonell, 2009, p. 49).

Siguiendo la misma línea, se puede decir que el término antes referido, establece que el Derecho Constitucional no solo es la sombrilla sino además, se convierte en una norma que atraviesa al resto del ordenamiento jurídico para salvaguardar esa unidad normativa con el Texto Constitucional y que termina desde ese punto moldeando a través de control abstracto o concentrado, los derechos que se contemplan en ella (Arballo, 2020).

Es así, que, en este trasplante hacia nuestro sistema jurídico subsisten corrientes en pugna como el iuspositivismo frente al iusnaturalismo; es allí donde muchos debaten si realmente la convivencia de estas corrientes pueden afectar principios como la seguridad jurídica, ya que, la Corte Constitucional, como máximo organismo de control e intérprete de la Constitución, puede llenar de contenido activamente a los derechos a través de su jurisprudencia. Dicho esto, muchos manifiestan que ese rol activista es peligroso para el ordenamiento normativo de un Estado y que debe respetarse la literalidad y rigidez de la norma.

No hay duda que esta corriente denominada Neoconstitucionalismo es una herramienta, que bien aplicada, termina siendo un instrumento efectivo en la protección de principios y derechos, aunque sin duda, exista un riesgo latente por el abuso activista del ejercicio de garantías jurisdiccionales que podría ser un dolor de cabeza para un Estado y además, desnaturalizaría su sentido real llegando en ocasiones a una intromisión de las decisiones o tutela de derechos ante la justicia ordinaria.

El objetivo de este trabajo académico tiene un enfoque basado no solo en el desarrollo histórico sino además en determinar bajo el desarrollo teórico, las diferencias medulares entre el Estado de Derecho y el Estado de Derechos Constitucionales y Justicia. Se analizarán las distintas características que conforman al Neoconstitucionalismo, como son los principios, el amplio catálogo de derechos, las formas de interpretación por parte de los jueces en casos concretos (ya no basándose en sola legalidad sino buscando la justicia).

Finalmente se podrá revisar un supuesto en el cual se podrá constatar el importante rol que fungen los jueces dentro del Neoconstitucionalismo, referente a nuestro ámbito geográfico andino.

La metodología a emplearse es:

Método histórico comparativo: tomando en cuenta que se analizará la concepción del Estado de Derecho que yacía en el Ecuador con Constituciones como la de 1998, y como fue la transición del Estado de Derecho a Estado de Derechos que surgió con la Constitución de Montecristi del año 2008.

Método analítico: debido a que se analizarán distintas instituciones jurídicas como los principios y las reglas, se las estudiará por separado con el fin de crear una cosmovisión en el lector.

Método deductivo: ya que surgirán una serie de premisas, y elementos del Neoconstitucionalismo con lo cual se podrá constatar como el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que tiene como espíritu al Neoconstitucionalismo funcionaría en casos concretos.

Método inductivo: se presentará jurisprudencia vinculante por parte de la Corte Constitucional para que el lector puede generar conocimientos desde lo particular a lo general, respecto al rol de los jueces ecuatorianos en la actualidad.

Los recursos que han sido empleados son la legislación ecuatoriana, legislación comparada, jurisprudencia, doctrina contenida en artículos científicos con su respectivo registro ISSN.

Desarrollo

Origen y desarrollo histórico del Neoconstitucionalismo

La palabra “Neoconstitucionalismo” no es un término de fácil definición, sea desde el punto de vista como conductor de algunas definiciones o por los componentes teóricos que aborda, dado al deber de interpretar las normas como reglas o como principios. Es por este motivo que es importante iniciar refiriendo un concepto general para mayor entendimiento (Pinzón, 2016).

El Neoconstitucionalismo se puede definir a grandes rasgos como una nueva visión del Derecho en la cual, la Constitución tiende a tener una connotación mucho más avanzada.

Anteriormente, muchos principios y derechos no se encontraban consolidados en la Constitución, pero sí en la ley; gracias al Neoconstitucionalismo surgirá una armonía entre la Constitución como fenómeno irradiador y todo el ordenamiento jurídico, por lo cual, se concibe que, con el Neoconstitucionalismo, las Constituciones ampliarán a gran medida su catálogo de derechos y por ende la materialización.

Se entiende que en el antiguo Estado de Derecho la resolución de conflictos de derechos se daba de manera muy estática sin tener en cuenta las singularidades de cada conflicto legal de la vida cotidiana; gracias al Neoconstitucionalismo se ha revolucionado la forma de interpretación de la norma positiva, y como ejemplo de aquello, está el principio de ponderación, el principio de proporcionalidad, el principio pro persona, pro reo, pro labore, ente otros.

Como se ha referido hasta el momento, la Constitución es la norma que contiene el timón del ordenamiento jurídico del Estado Constitucional, ya que su incidencia determina el molde al que el Estado aspira en la realización y alcance de derechos y justicia.

Se encuentra entonces que, con la Constitución, la legalidad tendrá un contexto diferente, ya que ahora la legalidad además de imponer reglas de disciplina, también será condicionada; es decir, no podrá promulgarse una nueva ley, si esta va en contra de la Constitución, que se cataloga como la norma condicionadora de la entrada en vigor de nuevas normas. En resumidas cuentas, aquel legislador que quiera crear una nueva ley, tendrá que verificar si la misma tiene concordancia con la Constitución (Navarrete Barrero, 2006).

En el alcance del constitucionalismo, pasó por varios momentos y cuerpos normativos. La promulgación de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1948, convergen que las masas fueron quienes fundaron y respaldaron las dictaduras, aunque eran mayoría, no debe ser la única fuente de legitimación de poder.

Y se redescubre, por ello, el significado de la «constitución» como límite y vínculo a los poderes públicos, estipulado dos siglos antes en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre de 1789: «Toda sociedad en la que no están aseguradas la garantía de los derechos ni la separación de los poderes no tiene constitución». Se redescubre, en suma, a nivel no sólo estatal sino internacional, el valor de la Constitución como norma dirigida a garantizar la división de poderes y de derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios negados por el fascismo (Ferrajoli, 2010).

Los textos constitucionales actuales, luego del periodo revolucionario del siglo XVIII, contemplan dos ideas esenciales; la primera, que refiere a una noción única del sujeto jurídico, y la segunda, que es la regla de consentimiento junto con la declaración de los derechos y la democracia que se conoce en la actualidad, trajeron como consecuencia Constituciones, vastas en derechos y principios (Pinzón, 2016).

En ese sentido de desarrollo, el constitucionalismo se fue consolidando de a poco con la intención de irse implementando de los derechos que se iban recogiendo en textos constitucionales. Este contraste fue obteniendo a su vez, un desarrollo jurisprudencial creciente en el sentido de la interpretación de principios y derechos del paradigma constitucional; por tanto, se convertía en un importante actor bajo un nuevo texto democrático. Todo lo mencionado, fue sumando características que daría nacimiento al Neoconstitucionalismo (Pinzón, 2016).

Nace el constitucionalismo y la ciudadanía de cada Estado, en base a las realidades particulares que atañe a cada una de ellas, ha construido un esquema de principios y ha desarrollado sus derechos en un texto constitucional respaldado intrínsecamente por garantías y un organismo máximo de interpretación constitucional generadores de jurisprudencia constitucional.

La importancia de los Principios dentro el Estado Constitucional de Derechos

Antes de que entre en vigencia la Constitución actual, el Ecuador se consagraba en la anterior Carta Magna como un Estado de Derecho, y no como se lo ha definido, un Estado Constitucional de derechos.

Aquel Estado de Derecho tenía como característica principal en su sistema jurídico, el que la doctrina conoce como formal, rígida, siendo la más preponderante fuente de Derecho la Ley. El resto de normas terminaban por ser auxiliares, para complementar el sentido, como el contenido, de la ley.

Otra característica del Estado de Derecho, se constituía en la reserva que tenía el parlamento para interpretar, crear y derogar normativa. En cambio, dentro de un Estado constitucional de Derechos, los organismos que intervienen en este ejercicio de control y de creación no solo radican en el colegiado legislativo, sino además, en la Corte Nacional, Corte Constitucional y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que a través de su jurisprudencia se llena de contenido a los derechos, se efectúa el control abstracto de normas para que conserve el sentido de unidad normativa (Ávila Santamaria, 2009).

En resumidas cuentas, y tomando en consideración el criterio del jurista Ávila Santamaria (2008), dentro del Estado de Derecho la única fuente es la ley, y lo que no está en ella, simplemente no se puede tramitar por la vía judicial; mientras que, en el Estado de Derechos existen varias fuentes del derecho como la jurisprudencia y además en caso de lagunas del Derecho existen opciones a criterio del sentido de justicia del juez, con las cuales podrá juzgar, como son los principios (pp. 123, 124).

Nuestro Estado Constitucional de Derechos, es un texto vasto en principios y en garantías. Siendo la misión del presente texto académico dilucidar conceptos, empezaremos a diferenciar principios de reglas.

Kelsen manifestaba, en su libro *Teoría pura del Derecho*, que una norma que no sea hipotética, simplemente no es aplicable y no es deseable establecerla, porque es ambigua y establece falsas promesas. Al mencionar hipotética, Kelsen quería transmitir que las reglas contienen un supuesto que podría darse en la vida cotidiana, y dar una respuesta a que pasaría si se da este. Por ejemplo, si alguien maneja en estado de ebriedad y atenta contra la vida de un peatón (supuesto), el resultado sería la pena privativa de libertad (resultado). Entonces, la hipótesis de la regla proviene de un supuesto y un resultado que debían (según Kelsen) encontrarse contemplados en la norma jurídica.

En este sentido, Kelsen sostenía que una norma que no fuera hipotética es una norma imperfecta y que, es más, no debe siquiera de ser estudiada por la ciencia jurídica al no ser aplicable. Pasan muchos años desde que escribió su teoría y han surgido en ese lapso de tiempo muchas violaciones masivas a los derechos humanos.

Efectivamente, se entiende entonces, que el Estado de Derecho se encuentra íntimamente influenciado por la corriente del positivismo. Sin embargo, el Derecho positivo, entendido solo como reglas hipotéticas, es un derecho que no ayuda a

resolver dos tipos de problemas que son reales: el problema de las reglas injustas, por un lado, y el problema de los conflictos sociales que no tienen regla, por otro. (Medina et al., 2021)

Para resolver este problema, es necesario analizar el concepto de principios (que lleva cientos de años de análisis por parte de doctrinarios) y la aplicación de los mismos (novedad que en las últimas décadas se encuentra instaurándose en Latinoamérica) (Vásquez, 2020).

El principio es una norma que existe como tal en la doctrina e incluso podría existir dentro del tenor literal de ley (que la ley solo haga mención al nombre del principio), pero que sin embargo, no presenta un supuesto planteado (hipótesis) supuesto con el cual se podría recurrir a los órganos jurisdiccionales pertinentes. Al no existir un supuesto, peor aún existiría un proceder para los jueces (consecuencia). En contraste, dentro de las reglas sí existe en el tenor literal de la ley, una hipótesis y una consecuencia (Ávila Santamaria, 2012).

La nueva forma de interpretación por parte de los Órganos jurisdiccionales pertinentes

Conforme a los ejercicios de interpretación, antes de la aparición en el Ecuador de la Constitución del 2008, se limitaban al amparo de la corriente legalista o ius positivista, al sentido literal de la ley, hoy en día, a contrario sensu, podemos encontrar diversas formas de interpretación, más cuando se habla de materia constitucional, en donde el sentido literal no

ha sido desplazado, pero se han agregado métodos de interpretación que sugieren ser herramientas que atiendan de forma más eficaz la potencial vulneración de derechos y principios (Ronquillo, 2020). Es así, que esta tiene una nueva forma de interpretación jurídica, por tanto, como lo mencionamos en el párrafo anterior, termina basándose en las reglas de interpretación general. De ello tiene retos propios de su actividad dinámica, unas que vierten de la propia naturaleza de su objeto normativo, y otras que responden al activismo de los órganos jurisdiccionales o de las consecuencias de sus actuaciones que en muchas ocasiones terminan creando jurisprudencia constitucional (Espinoza y Hidalgo, 2020)

Entre estas nuevas formas de interpretación se ven atadas las implementaciones novedosas de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, para ser más precisos, el derecho que se le da a la naturaleza como sujeto de derecho, como se acoge esa cosmovisión que los pueblos y nacionalidades indígenas tienen sobre la naturaleza como base de sus vidas, que de por sí, son dignas de respeto, más aún en estos tiempos donde se deja de un lado a nuestra Paccha Mama y que tantos problemas de cambios climáticos nos está trayendo por la explotación desmedida y sin protección (Rojas, 2020).

Es necesario entender la forma de ver a la naturaleza como la relación a la interacción de sus componentes de este mundo frente al hombre, ya que la destrucción y falta de protección normativa podría llevarnos a un camino sin retorno, es por ello, que el camino generado desde una visión de constitucionalismo

andino, deja una brecha amplia a desarrollar en razón a los derechos de la naturaleza como sujeto activo de derechos. (Espinoza y Hidalgo, 2020).

La aplicación del Neoconstitucionalismo en su máximo esplendor, se puede denotar dentro del Caso Nro. 1149-19-JP/21, que fue elevado ante la Corte Constitucional del Ecuador.

En este caso justamente, se dio el supuesto de que el Ministerio del Ambiente habría concedido el registro ambiental para una exploración inicial de una concesión minera dentro del bosque protector Los Cedros. En este supuesto se cumplieron con los requisitos plasmados en la ley (permisos correspondientes otorgados por la Autoridad ambiental) más, sin embargo, el GAD de Santa Ana de Cotacachi presentó posteriormente, una acción de protección, y subsiguientemente la Corte Constitucional revisó la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Imbabura.

Las autoridades jurisdiccionales en efecto, en sus providencias supieron manifestar que existió por parte de la Autoridad ambiental una inobservancia al principio de precaución que podría poner en peligro otros derechos del buen vivir como el derecho al agua.

En consecuencia, en la jurisprudencia vinculante en mención, se puede referir que a pesar de que se cumplieron los requisitos previstos en la norma positivo, los mismos quedaron sin efecto ante el principio precautorio (principio ambiental que

trata acerca de supuestos que aún no han pasado, por tanto no son materiales, pero que podrían suceder y afectar al medio ambiente); por lo cual es un gran ejemplo del funcionamiento del Neoconstitucionalismo en la actualidad, referente a la aplicación de principios, la gran inmensidad de catálogo de derechos, y las nuevas formas de interpretación que los jueces pueden aplicar en su diario vivir.

Metodología

Método histórico comparativo: tomando en cuenta que se analizará la concepción del Estado de Derecho que yacía en el Ecuador con Constituciones como la de 1998, y como fue la transición del Estado de Derecho a Estado de Derechos que surgió con la Constitución de Montecristi del año 2008.

Método analítico: se analizarán distintas instituciones jurídicas como los principios y las reglas; se las estudiará por separado con el fin de crear una cosmovisión en el lector.

Método deductivo: debido a que surgirán una serie de premisas y elementos del Neoconstitucionalismo con lo cual se podrá constatar cómo el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que tiene como espíritu al Neoconstitucionalismo funcionaría en casos concretos.

Método inductivo: se presentará jurisprudencia vinculante por parte de la Corte Constitucional para que el lector puede generar conocimientos desde lo particular a lo general, respecto al rol de los jueces ecuatorianos en la actualidad.

Los recursos que han sido empleados son la legislación ecuatoriana, legislación comparada, jurisprudencia, doctrina contenida en artículos científicos con su respectivo registro ISSN.

Resultados y discusión

Como resultado se puede decir, que se ha contrastado la transición entre la Legislación anterior y la Constitución actual bajo la influencia del Neoconstitucionalismo y apropiándolo de un concepto propio con una cosmovisión andina.

En la presente investigación se puede discernir que anteriormente al Estado Constitucional de Derechos, existía una interpretación arraigada meramente en la legalidad; esta situación dejaba atado de manos a aquellos jueces que querían resolver sentencias ampliando derechos. Ya con el nuevo sistema que proporciona el Neoconstitucionalismo no se deja de lado las herramientas tradicionales de interpretación, sino que más bien las integra a las exigencias de interpretación de la nueva actividad constitucional, siempre en pro de ampliar derechos al administrado, con instituciones jurídicas con el principio de ponderación o principio pro persona que resolverán debidamente las colisiones de derechos que puedan surgir en la cotidianidad.

El Neoconstitucionalismo proporciona un sinnúmero de derechos y principios en búsqueda de la ampliación de derechos del administrado e incluso, de los animales y naturaleza, sin embargo, se debe tener mucho cuidado por parte de los abogados en libre ejercicio que se desgaste nuestro sistema judicial, en virtud de interposición de demandas y garantías jurisdiccionales vacías y abusivas.

Conclusión

Luego de finalizar con el correspondiente análisis de nuestro tema sobre el Neoconstitucionalismo, se pueden afinar muchas aristas:

Sin duda la Constitución es la vertiente fundamental de derecho dentro de un Estado Constitucional de Derechos y justicia, ya que cualquier norma dentro del ordenamiento jurídico debe guardar armonía con la Carta Magna, siendo así, esta se constituye como fuente y límite.

En el mencionado Estado de Derecho, modelo que regía antes de la Constitución del 2008, existían, aras de cumplir un esquema legalista, muchas aberraciones, al punto que la percepción de justicia se perdió en la ciudadanía. Con el modelo Neoconstitucionalista actual, existe la norma positiva, sin embargo, si existen normas positivas que vulneran derechos

(normas injustas) o en su defecto si existen vacíos en la ley; los principios y las formas de interpretación por parte de los Órganos jurisdiccionales pueden resolver esta situación, situación que en el Estado de Derecho no podía darse, generando un gran margen de error, propicio para la vulneración de derechos.

Creada esa necesidad de transformación, surge como mesías el Neoconstitucionalismo, corriente que comienza a cambiar los paradigmas que tanto malestar ocasionaban en el sentido de justicia, haciendo una distinción relevante entre principios y reglas. Es así que se dan paso a los principios, su forma de aplicación, interpretación y el rol que iban adquiriendo los jueces bajo esta potestad constitucional.

Incluso, esta nueva concepción constitucional aplicada en Latinoamérica y específicamente en el Ecuador, entrega muchas novedades, como la forma en cómo se llenan de contenidos a los derechos a través de la jurisprudencia, el esquema de garantías jurisdiccionales y bajo la cosmovisión de los pueblos ancestrales, el acogimiento de la naturaleza como sujeto de derecho.

En este trabajo se abordó cómo los jueces tienen un rol de gran importancia en la defensa y aplicación correcta de principios y derechos bajo la umbrela constitucional y sobre todo, en proteger la percepción de justicia en la aplicación

correcta de este nuevo sistema; evitar el abuso de las garantías jurisdiccionales como mecanismo de interposición a justicia ordinaria, es un gran reto. De igual forma existen situaciones en las cuales los principios sobrepasan a reglas suscritas en las normas (Derecho positivo); en esas situaciones los jueces deberán interpretar en base a distintas herramientas que otorga el Neoconstitucionalismo como principio de ponderación, principio de proporcionalidad, principio pro natura; o como se pudo constatar en anteriores párrafos del presente texto académico, el principio precautorio dentro del caso No. 1149-19-JP/20 (Corte Constitucional, 2020).

Conflicto de Intereses

Juan José Torres y Jorge Chávez Hidalgo, declaramos de manera libre y voluntaria que no existe algún conflicto de intereses para la publicación de este presente artículo.

Referencias

- Arballo, G. (2020). Memoria y balance del Neoconstitucionalismo (vol. 18). Buenos Aires, Argentina: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-2/Revista-juridica-ano18-N2-completa.pdf#page=10
- Ávila Santamaria, R. (2009). Del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derechos y justicia. <file:///C:/Users/Juan%20Jose%20Torres/Downloads/3900-3454-1-PB.pdf>
- Ávila Santamaria, R. (2012). En defensa del Neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>
- Carbonell, M. (2009). Neoconstitucionalismo. Trotta.
- Constituyente, A. N. (2008). Constitución de la República del Ecuador.
- Corte Constitucional. (2020). Caso Nro. 1149-19-JP/21. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=1149-19-JP/21>
- Espinoza, J. T., y Hidalgo, J. C. (2020). El Neoconstitucionalismo: orígenes, desarrollo y su importancia dentro del Ecuador como Estado constitucional de Derechos. Polo del Conocimiento, 1783-1800.
- Ferrajoli, L. (2010). Democracia y garantismo. Trotta.

- Ferrajoli, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Trotta.
- Medina Peña, R., Valarezo Román, J., y Romero Romero, C. (2021). Fundamentos epistemológicos del Neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador. *Sociedad y Tecnología, Revista del Instituto Tecnológico Superior Jubones*, 4. <https://institutojubones.edu.ec/ojs/index.php/societec/article/view/130/322>
- Navarrete Barrero, O. (2006). El papel del juez comunitario andino en la tutela de los derechos de los ciudadanos. *Revista de Derecho: Universidad Andina Simón Bolívar*, 6. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1511/1/RF-06-TC-Navarrete.pdf>
- Pinzón, S. J., Beltrán Serrato, D., Camacho Bernal, V., Ramírez Díaz, A., y Parra Gomez, K. (2021). El derecho natural y los jueces. doi:<https://hdl.handle.net/10983/26692>
- Rojas Ortiz, L., & Méric, A. O. (2020). Anomia y esquizofrenia cultural, las máscaras Kichwas y Shuar en Puyo, Ecuador (vol. 7). (R. c. ECOCIENCIA, Ed.) Guayaquil, Guayas, Ecuador. doi:<https://doi.org/10.21855/ecociencia.76.392>

Ronquillo Riera, O., Manases Esaud, G., Yong Zambrano, R., & Zeas Espinoza, R. (2020). La rigidez constitucional en el Ecuador. *Revista UNIANDES Episteme*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8298085>

Vásquez Hincapie, D. (2020). Antinomias, incongruencias en las leyes, la jurisprudencia y la doctrina militar aplicables al proceso de transformación del Ejército Nacional (vol. 43). *Verba Iuris*. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/6511/5838>

3

Igualdad y no discriminación por orientación sexual diferente. Análisis desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Jackson Vicente Condolo Acaro
Andree Valentín Cedillo Luna*

AUTORES

Jackson Vicente Condolo Acaro

Universidad Metropolitana sede Machala, Machala-Ecuador

Correo: jcondolo@umet.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-1495-0555>

Andree Valentín Cedillo Luna

Universidad Metropolitana sede Machala, Machala-Ecuador

Correo: andree.cedillo@est.umet.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0001-9612-3635>

Igualdad y no discriminación en casos de orientación sexual diferente.

Análisis desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Equality and non-discrimination in cases of different sexual orientation, analysis from the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

Resumen

El trabajo que nos permitimos presentar, tiene como objeto, el estudio sobre el derecho a la igualdad y no discriminación en casos de orientación sexual diferente, observando para el efecto las decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así también, se realiza un análisis dogmático, jurídico y crítico de las instituciones jurídicas atientes al tema; consecuentemente, luego del estudio referido, podemos evidenciar la situación de vulnerabilidad que todas las personas cuya orientación sexual es diferente enfrentan, no solo por efectos de la ley, sino también, por las circunstancias de índole social, políticas y culturales en las que nos encontramos, esto demuestra un debilitamiento en la protección de los derechos de esta parte de la población. En definitiva, la Corte IDH, en los diversos casos dados a su conocimiento, al referirse a los derechos de estos grupos sociales, hace hincapié a los factores de desigualdad existentes dentro de las sociedades, así como a la discriminación que se refleja en las relaciones tanto en ámbitos públicos o privados.

Palabras clave: igualdad, discriminación, orientación sexual, derechos humanos, jurisprudencia.

Abstract

The work that we allow ourselves to present, has as its object, the study on the right to equality and non-discrimination in cases of different sexual orientation, observing for this purpose the decisions issued by the Inter-American Court of Human Rights, as well as, a dogmatic, legal and critical analysis of legal institutions concerned with the subject; consequently, after the aforementioned study, we can evidence the situation of vulnerability that all people whose sexual orientation is different face, not only due to the effects of the law, but also due to the social, political and cultural circumstances in which we live. found, this shows a weakening in the protection of the rights of this part of the population. In short, the Inter-American Court, in the various cases brought to its attention, when referring to the rights of these social groups, highlights the existing factors of inequality within societies, as well as the discrimination that is reflected in relationships both in public or private settings.

Key Words: equality, discrimination, sexual orientation, human rights, jurisprudence.

Introducción

En los últimos análisis doctrinarios y jurisprudenciales referentes a la categoría igualdad y no discriminación, existe una visión mucho más amplia y garantista en la interpretación e importancia que se le ha brindado a estos principios, tanto así, que en sentencias de Órganos Internacionales como la Corte IDH, se ha iniciado a referir el estudio sobre la igualdad y no discriminación por orientación sexual diferente, en varios de los casos llevados a su conocimiento.

Si bien el problema no estaría en la apreciación jurisprudencial, sin embargo, el desconocimiento del jurista y de quienes forman parte de los sistemas de justicia de las naciones, sobre las interpretaciones más recientes de la Corte IDH, en casos de vulneraciones de derechos a la igualdad y no discriminación, por orientación sexual diferente, hace que los Estados, inobserven y no apliquen las regulaciones jurisprudenciales respecto al respeto de los derechos de esta parte de la sociedad.

En tal virtud el trabajo que nos permitimos presentar, enfoca el análisis de aquellas decisiones más representativas que la Corte IDH ha desarrollado en los últimos años, sobre el estudio de los problemas de violaciones de derechos a personas que tienen una orientación sexual diferente, como por ejemplo,

Flor Freire vs Ecuador, Duque vs Colombia y Atala Riffo vs Chile, caso en los cuales podemos apreciar la visión jurídica de la Corte sobre los derechos a la igualdad y no discriminación de estas personas, las cuales se presentan a la sociedad con una orientación sexual diferente.

Por lo tanto, el desarrollo de nuestro trabajo se centra en primer momento a describir las percepciones conceptuales sobre la igualdad y no discriminación, así también las perspectivas de género y orientación sexual, para finalmente, analizar las decisiones de la Corte IDH, desde un enfoque crítico-jurídico.

Durante el proceso de estudio, logramos presentar un análisis conceptual y crítico de las temáticas abordadas, particularmente sobre la orientación sexual y los derechos a la igualdad y no discriminación, asimismo, alcanzado este estudio, revisamos las sentencias más recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre casos de discriminación por orientación sexual, describiendo principalmente la visión jurídica de la Corte IDH, esto con respecto a nuestro criterio también abordado.

Los resultados del presente trabajo se encuentran en el análisis crítico de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde reflejamos las posturas más

recientes de este Órgano de justicia internacional, en torno, a los derechos de igualdad y no discriminación en casos sobre discriminación por orientación sexual diferente.

Discusión

Fundamentos doctrinarios y jurídicos de la igualdad y no discriminación

A lo largo de la historia de la humanidad y por medio de acontecimientos históricos como guerras, pandemias y revoluciones, la sociedad ha tenido que librar constantes transformaciones, tanto en lo económico, social y cultural; a partir de estas transformaciones sociales, los Estados por medio de sus sistemas de justicia y de políticas públicas tratan de garantizar la vida digna del ser humano, a través de la corriente del constitucionalismo y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, dentro de las sociedades modernas, en países de revestimiento constitucional y ratificadores de instrumentos internacionales que se fundamentan en el respeto y garantía de los derechos humanos en pro de la dignidad humana, se creería resuelto el problema sobre la violación a los derechos humanos. No obstante, aún continúa siendo una utopía prevenir la trasgresión de los mismos, ya que persisten las vulneraciones a estos derechos, como acontece con el derecho a la igualdad y no discriminación.

En este contexto, es importante referir lo dispuesto en los instrumentos normativos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre la igualdad y no discriminación, que al respecto define que es “uno de los pilares de cualquier sistema democrático, principio que el Derecho internacional lo reconoce como central, fundamental y rector para el avance progresivo en la protección de los Derechos Humanos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019). Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina que los Estados partes, garantizarán el efectivo goce de los derechos de las personas, sin discriminación por diferentes factores y en su artículo 24 establece que todas las personas son iguales ante la ley. (Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 1978).

En concordancia con los párrafos antes descritos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) considera dos concepciones en referencia a la no discriminación e igualdad; la primera tiene que ver con que se prohíba la diferenciación de trato arbitraria ya sea por distinción, exclusión, restricción o preferencia, y la otra hace hincapié en la obligación de crear óptimas condiciones de igualdad para los grupos que históricamente han sido excluidos y corren el riesgo de ser discriminados.

En conexión a los parámetros abordados desde los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los sistemas normativos internos en cada país, tienen la obligación de desarrollar normas que precisamente protejan de mejor manera los derechos de las personas que tienen mayor riesgo de ser discriminadas y, por lo tanto, no ser tratadas bajo los preceptos de igualdad. Así también, la doctrina ha referido y ha advertido desde varias posturas, la potencial discriminación de determinadas personas, esto debido a la falta de un trato justo, es decir, la falta de garantía de igualdad formal y material, pues su inexistencia, hace posible que algunos sectores de la sociedad como aquellas personas que tienden a orientaciones sexuales diferentes, sean vulnerables a este tipo de injusticia. Lo que, en un Estado, pluralista, democrático y constitucional de derechos, no debería estar presente (Pérez Luño, 2005).

Género y orientación sexual diferente

Entre las diferentes categorías que son objetos de discriminación y que históricamente vienen teniendo desigualdad de condiciones frente a la ley, están las personas con orientación sexual diferente o diversa, quienes predominantemente sufren vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación por su condición de ser “diferentes”, es decir, de pensar y actuar de forma diferente a

una persona heterosexual. De hecho “tradicionalmente la sexualidad ha sido conceptualizada desde una perspectiva conversadora, considerando la orientación sexual como un constructo hermético e inflexible” (Nebot García et al., 2020, pp. 311-320).

Pero conforme han pasado los años “se empezó a entender a la orientación sexual como una dimensión con diferentes posiciones intermedias” (Nebot García et al., 2020, pp. 312-320). Para entender este punto de inflexión es necesario definir a la orientación sexual “como la atracción física y emocional de una persona hacia otra del sexo opuesto (heterosexualismo), del mismo sexo (homosexualismo) o de ambos sexos (bisexualismo)” (Grajales, et al. 2015 como se citó en Zambrano et al., 2017) convirtiendo a estas dos últimas categorías de la orientación sexual en objeto de discriminación histórica, y, por lo tanto, una potencial vulneración a los derechos de esta parte de la sociedad.

Con respecto a lo anteriormente mencionado, es necesario manifestar que, en una sociedad democrática que se edifica a partir de sus diversidades sociales como son la orientación sexual, posición económica, raza, identidad política, idioma, religión, identidad cultural, y que viene cambiando continuamente hacia la consecución del buen vivir, es fundamental que se apliquen políticas públicas y se reconozcan

derechos que también tienen que ir evolucionando de acuerdo a la realidad de la evolución social, donde debe prevalecer la tolerancia frente a grupos cuya orientación sexual es diferente y combatir directamente las practicas discriminatorias, ya que “sigue imperando la heteronormatividad, donde lo natural y lo normalizado son las relaciones heterosexuales” (Herz y Johansson, 2015, como se citó en Nebot García et al., 2020).

A pesar de que sigue imperando la heteronormatividad en las sociedades modernas, existen luces que llaman al optimismo “como el hecho de que en la India se ha despenalizado, por fin, las relaciones entre personas entre el mismo sexo, o que sean ya veintiséis países que reconocen el matrimonio igualitario” (Bilbao et al., 2020, pp. 50-51) y en la actualidad las cifras de países que reconocen el matrimonio igualitario sigue aumentando, entre esos países, está Ecuador, pero lejos de lo que reflejan estos datos, lo cierto, es que continúan los actos discriminatorios a personas por sus condiciones de diferentes en algunos países a nivel internacional, por ejemplo:

En setenta países (sobre todo, de África y Asia) es ilegal mantener relaciones sexuales consentidas entre personas mayores de edad del mismo sexo. En seis países tales relaciones están legalmente castigadas con la pena de

muerte (Arabia Saudí, Irán, Yemen, Sudán, doce Estados de Nigeria y parte de Somalia), y en otros cinco (Afganistán, Catar, Emiratos Árabes Unidos, Mauritania y Pakistán) una persona homosexual también puede ser condenada a la pena capital en determinadas circunstancias. En veintiséis países se condena por estos actos a una pena que oscila entre los diez años de prisión y la cadena perpetua; y en otros treinta y un Estados el castigo llega hasta los ocho años. (Bilbao et al., 2020, pp. 51-52)

Reconocer el derecho a la igualdad y no discriminación a personas con una orientación sexual diferente indispensablemente es el camino a seguir, en búsqueda de esa garantía que les permita gozar de una vida digna en igualdad de condiciones, teniendo como objetivo erradicar esa “diferenciación entre el tratamiento que reciben las personas como consecuencia directa o indirecta de su orientación sexual, heterosexual u homosexual (o, en su caso, bisexual.)” (Bilbao et al., 2020 pp. 56-57). Por consiguiente, Bilbao et al. (2020) nos refiere que:

Los derechos LGTBI en sentido estricto no existen, lo que existe es una serie de manifestaciones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, que presentan, o han presentado, problemas en relación con

ciertos derechos fundamentales, y en primer lugar, con el derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual e identidad de género. (p. 57)

Sin embargo, la afirmación del citado autor, entraría en debate, ya que el matrimonio igualitario en el Ecuador es un derecho adquirido para los grupos LGTBI, y por lo tanto desde nuestra óptica, sí existirían derechos que nacen de las luchas sociales de estos grupos minoritarios, claro está, que no es objeto de análisis esta disyuntiva.

La sociedad y el Estado juega un rol importante para la no diferenciación y no discriminación a estos grupos minoritarios que históricamente y sistemáticamente han sido excluidos por prejuicios, estigmas, estereotipos y demás elementos que discriminan a la persona por el hecho de no arraigarse a la heteronormatividad existente, o más grave aún, les cuesta aceptar el reconocimiento a crear algún vínculo emocional, sexual y afectivo en personas del mismo sexo.

Consecuentemente, nos cuesta aún asimilar esta realidad social y todavía existen miradas extrañas y de asombro de gran parte de la sociedad hacia grupos con diversidad sexual, que en muchos de los casos generan violencia estructural y dejan como resultados que estas personas entren en cuadros graves de depresión, drogadicción, ansiedad y trastornos severos como

tendencias al suicidio. Esto indudablemente genera desigualdad social, debido a estos estereotipos creados por la no aceptación de las diferencias sexuales. (Cruz, 2004).

Argumentos de la Corte IDH, en los casos de violencia por orientación sexual diferente

Cualquier Estado que ratifique la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José, al mismo tiempo está obligado a adaptar el andamiaje jurídico sobre protección de derecho humanos y garantías contenidas en este instrumento internacional a su legislación interna por medio de un mecanismo fundamental llamado “Control de Convencionalidad” que de manera implícita se encuentra intrínsecamente descrito en el artículo 1 y 2 de la CADH y además, “permite la eliminación de disposiciones contrarias a la CADH en el ordenamiento jurídico nacional” (Léon Moreta, 2019, p. 10). En ese sentido, los órganos competentes que establece la CADH son, la Comisión IDH y la Corte IDH, quienes están facultados para conocer los asuntos de Litis relacionados con el cumplimiento de los compromisos de los Estados partes dentro del marco del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (SIDH).

Con respecto a la Corte IDH que es el tema que nos atañe en este trabajo, Moreta (2019) describe que la finalidad de esta institución autónoma es la aplicación e interpretación de la

CADH, partiendo de sus funciones contenciosas y consultivas. La primera se enmarca en la facultad que le compete a la Corte para conocer casos de violaciones de derechos humanos realizadas por los Estados parte de la CADH, que a su vez tienen un efecto vinculante después de emitir su jurisprudencia, y la segunda que es la función consultiva, la realiza como coadyuvante para el cumplimiento de las obligaciones internacionales que tienen los Estados que son miembros ratificadores de la CADH, con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos de las personas.

La fuerza vinculante de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH genera efectos jurídicos indiscutibles en los Estados miembros de la CAHD. En lo concerniente a la jurisprudencia destacada que guarda relación con la discriminación a personas con orientación sexual diferente, podemos mencionar el Caso Atala Riffo vs Chile, Caso Flor Freire vs Ecuador y Caso Duque vs Colombia, que van hacer objeto de este desarrollo analítico jurisprudencial, sin menoscabo de lo manifestado en la Opinión Consultiva, OC 24-17 de la Corte IDH que obliga a los Estados a adoptar medidas para reconocer el matrimonio igualitario, sin perjuicio de que exista una normativa previa legal con el único objetivo de que se reconozcan y garantice el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CADH, sin ningún tipo de discriminación.

Caso Atala Riffo vs Chile

La señora Karen Atala Riffo, según el desarrollo jurisprudencial emitido por la Corte IDH fue víctima de un trato discriminatorio por su condición de orientación sexual diferente, ya que luego de la separación de hecho que da paso a la finalización de su matrimonio con el señor Ricardo López Allende, decidieron de mutuo acuerdo que la tuición de las tres niñas M., V, y R quedaba a cargo de la señora Atala. Meses después en lo que atañe al presente caso ella decide convivir con su pareja sentimental del mismo sexo, la señora Emma Ramón, que producto de este hecho, el señor Allende presentó una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica.

En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva, que tuvo como resultados el retiro del cuidado y custodia de sus hijas con base en decisiones judiciales plasmadas de prejuicios y estereotipos discriminatorios en la justicia chilena y por ende llegó a manos de la Comisión y luego dio paso a la Corte IDH para que con su función contenciosa desarrolle jurisprudencia en base a la discriminación por orientación sexual diferente.

En dicha demanda de tuición presentada por el señor Allende ante el Juzgado de Menores de Villarrica se menciona que:

La inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo conllevaba a desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre mujer, y por lo tanto alteraba el sentido natural de la familia, pues afectaba los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad, por lo que la opción sexual ejercida por la madre alteraría la convivencia sana, justa y normal a que tendrían derecho las niñas M., V. y R. (Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, 2012, p. 14)

Teniendo en cuenta el argumento de la demanda presentada por el padre de las tres niñas y que bajo ese fundamento la Corte Suprema de Justicia le quita la tuición a la señora Atala por su orientación sexual diferente. En el presente caso bajo el carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, la Corte IDH (2012) considera que “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.” (p. 36)

En tal sentido, es evidente que existió discriminación en la decisión fundada por los jueces de la Corte Suprema de Justicia al concederle la custodia de las hijas al señor Allendes y no a la señora Atala, argumentando “porque convivía con una persona del mismo sexo” (Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, 2012), y peor aun no considerar la jurisprudencia de la Corte IDH que es vinculante y establece que “la evolución del Derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del Ius cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico” (p. 28)

Por ende, es incompatible pensar que el Derecho es estático y no viene en constante evolución. Así mismo, la Corte IDH ha establecido en el presente caso “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (p. 29) por ende la Corte IDH (2012) menciona que:

Es inaceptable que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. (p. 28)

Por lo tanto y con base en lo que se viene mencionando en párrafos anteriores “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, 2012). De hecho “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual” (Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, 2012).

Caso Duque vs Colombia

Este caso se relaciona con la responsabilidad internacional de Colombia por la exclusión del señor Angel Alberto Duque a la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia, luego de que su pareja J.O.J.G del mismo sexo con la que convivió durante 10 años, falleciera como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). Tras la muerte de la pareja del señor Duque quien estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A), el señor Duque solicita mediante un escrito que se le remitan los requisitos para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero, indicando que su tendencia sexual era gay y compartió con el fallecido por más de 10 años y 3 meses, conllevando todo lo relacionado en

condición de pareja, posteriormente como respuesta COLFONDOS le indica que el requerimiento solicitado es denegado, porque no ostenta la calidad de beneficiario conforme a la ley. Haciendo un recuento del artículo 74 de la legislación colombiana en materia de seguridad social, indicaba que los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia eran el conyuge (compañero o compañera supersite), pero esta calidad de beneficiario se establecía solo para la unión entre un hombre y una mujer, es decir, dicha legislación no contemplaba la unión entre dos personas del mismo sexo (Caso Duque vs Colombia, 2016).

La Corte IDH teniendo conocimiento de lo sucedido examina el caso del señor Duque bajo su competencia contenciosa y se percata que el señor Duque consideró que había sido víctima de discriminación con base en su orientación sexual y presenta una acción de tutela solicitando se ordene al Gerente General de COLFONDOS que reconozca y pague la pensión de sobrevivencia porque se consideraba en derecho de acceder a ella. Además, que mediante esta pensión de sobrevivencia se le iba a garantizar el derecho a la salud y también a la seguridad social, ya que el señor Duque según su médico tratante debía de tomar el tratamiento antiviral para que no ocurriera su deceso (Caso Duque vs Colombia, 2016). Como respuesta a esta petición del señor Duque, el Juzgado Décimo

Civil Municipal de Bogotá indicó “que la respuesta de COLFONDOS se ajustaba a derecho y no constituía una violación a los derechos fundamentales del señor Duque” (Caso Duque vs Colombia, 2016).

En adición a lo manifestado en líneas anteriores, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá emite una respuesta según su criterio enmarcada en derecho mencionado, que el señor Duque no reúne las cualidades de beneficiario que la ley exige para sustituir la pensión al causante, por lo tanto, bajo ninguna normativa ni jurisprudencia tal derecho le es reconocido a las parejas homosexuales (Caso Duque vs Colombia, 2019).

Frente a esta vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación contemplada en la CADH, la Corte IDH, refiere:

La falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. (Caso Duque vs Colombia, 2016)

Por lo tanto, la Corte IDH encuentra que la actuación heteronormativista que tuvieron los jueces al tomar una decisión fundada en el cumplimiento de lo dispuesto en la leyes colombianas, no es acorde y tampoco guarda conformidad con la Convención, a la luz de las disposiciones superiores, considerando que “no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales” (Caso Duque vs Colombia, 2016, p. 35).

Caso Flor Freire vs Ecuador

El presente caso versa sobre la baja del señor Homero Flor Freire de la Fuerza Terrestre ecuatoriana, quien tenía el grado de Teniente y prestaba sus servicios en la Cuarta Zona Militar. Los hechos discriminatorios debido a su orientación sexual percibida se dan en la jurisdicción militar disciplinaria, donde se alegaba que habían observado al señor Flor Freire y un soldado manteniendo relaciones sexuales en una habitación en el fuerte militar. Luego de rendir su versión sobre los hechos ocurridos, poco después comenzó a recibir presiones para que solicitara la baja o el retiro voluntario. Con base en la resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona militar, se declaró que existía responsabilidad disciplinaria por actos de

homosexualismo “esto es la práctica de sexo oral entre el señor Freire y otro soldado, militares en servicio activo” (Caso Flor Freire vs Ecuador, 2016, p. 25).

Asimismo, la Corte IDH en el caso que en párrafos anteriores se hizo referencia, menciona que la Constitución Política del Ecuador, en uno de sus artículos sobre los derechos civiles, protege y garantiza el derecho a tomar decisiones libres y responsable sobre su vida sexual. Empero de lo que establece la Institución Armada en uno de sus artículos, que sanciona explícitamente los actos de homosexualismo por el carácter de especial que tiene la legislación militar, señalando que todo tiene su correspondencia a partir de su filosofía y misión constitucional, basadas en el honor, dignidad, disciplina y el respeto de los símbolos patrios; por los valores morales y éticos que son pilares fundamentales en la formación y práctica militar. Además, de que sus miembros poseen autoridad moral intachable, que sirvan para guiar y conducir a los subordinados a operaciones y actividades pertenecientes a la instrucción militar (Caso Flor Freire vs Ecuador, 2016).

Por consiguiente, al señor Flor Freire se le da la baja de la institución militar, motivo por el cual presenta amparo constitucional por las vulneraciones a sus derechos por supuestos actos de homosexualismos con el fundamento de que la homosexualidad había sido declarada inconstitucional

mediante resolución 106-1-97 del Tribunal Constitucional de fecha 27 de noviembre de 1997 (Caso Flor Freire vs Ecuador, 2016).

Ahora bien, en referencia a la orientación sexual la Corte IDH menciona que “se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de auto determinarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”, (Caso Flor Freire vs Ecuador, 2016, p. 31) sin perjuicio de cómo se auto identifique. Por el contrario, la Corte IDH advierte que, “a efectos de la decisión en el presente caso, es necesario dilucidar si hubo discriminación contra la presunta víctima en el proceso de separación de las fuerzas armadas en virtud de una orientación sexual diversa, fuera esta real o percibida” (Caso Flor Freire vs Ecuador, 2016, p. 31).

Bajo ese contexto, la Comisión hace hincapié que “la sanción impuesta al señor Flor Freire constituyó una discriminación con base en su orientación sexual percibida”, (Caso Flor Freire vs Ecuador, 2016, p. 32) y que con referencia a la discriminación por orientación sexual diversa es inadmisibles que se emitan sanciones por incurrir en un acto sexual consensual con otra persona del mismo sexo, lo que constituiría en una perpetua discriminación en base a la orientación sexual. Con relación a lo señalado, la Corte IDH en

el Caso Flor Freire vs Ecuador (2016) resaltó que la orientación sexual y la identidad se encuadran dentro de “otra condición social” y deben ser examinadas bajo estricto rigor, para que no pueda existir actos de discriminación y desigualdad frente a la ley.

Además, la Corte IDH “advierte que la discriminación puede tener fundamento en una orientación sexual real o percibida”, (Caso Flor Freire vs Ecuador, 2016, p. 36) ya que el señor Flor Freire nunca había participado en actos homosexuales, así como la negativa de su condición de ser homosexual, pero igual fue objeto de discriminación al ser juzgado por una normativa militar contraria a los derechos consagrados en la Constitución, teniendo como resultado la baja en el ejército. Como consecuencia de lo descrito, la Corte IDH refiere que:

La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto identifica o no con una determinada categoría (Caso Flor Freire vs Ecuador, 2016, p. 36)

Por otro lado, se viene desarrollando diferentes criterios para erradicar la discriminación por orientación sexual diversa, para evitar la constante criminalización de los actos sexuales entre personas adultas del mismo sexo, en referencia a diferentes normativas que promueven la discriminación basada en su orientación sexual diversa, razón por la cual el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha indicado que, “lo que estas leyes tienen en común es su utilización para acosar y procesar a personas por su sexualidad o identidad de género real o supuesta” (p. 182).

Sin embargo, y a pesar de que los argumentos del Estado ecuatoriano se basaban en que a la fecha de los hechos ocurridos en contra del señor Flor Freire en el Ecuador no existía una obligación internacional para considerar a la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación y protegida por la Convención ADH. En consecuencia la Corte IDH ha destacado que “que las obligaciones consagradas en la Convención Americana, tal como la prohibición de discriminación, deben ser respetadas por los Estados parte desde el momento en que ratifican dicho tratado” (Caso Flor Freire vs Ecuador, 2016, p. 38).

Por último, la opinión consultiva, OC 24-17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, ha sido un hito en consideración a que se promulgen y reconozcan nuevos derechos para los grupos LGTBI, ya que

este instrumento establecido por la Corte IDH de acuerdo a su función consultiva “ordena a los Estados parte del Sistema Interamericano a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso a la figura del matrimonio a parejas del mismo sexo” (Léon Moreta, 2019, p. 2).

Conclusiones

Tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos como en la doctrina, el derecho a la igualdad y no discriminación, fundamenta un amplio espectro de garantía y protección. Esto debido a que se observa la potencial vulneración de estos derechos en algunos sectores de la sociedad, sobre todo en aquellos grupos que hasta hace poco tenían el rechazo y repudio de la sociedad, como lo son, por ejemplo, los grupos que tienden a una inclinación sexual diferente a la heterosexual.

Tener una orientación sexual diferente a la heterosexual, como el homosexualismo o bisexualismo, no solamente son factores de discriminación y de trato desigualdad, arraigados en el accionar de la sociedad, como la fobia, el desprecio o repudio, sino que, este sentir está también presente en los sistemas jurídicos internos, pues las normas y políticas públicas no protegen ni garantizan la incursión en la sociedad de estos grupos diferentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Atala Riffo, vs Chile*, *Duque vs Colombia* y *Flor Freire vs Ecuador*, demuestra que estos Estados, no han garantizado adecuadamente, un trato igual, justo y sin discriminación a los grupos cuya orientación sexual es diferente a la heterosexual, advirtiendo la inobservancia de los preceptos internacionales sobre derechos humanos, por lo que al no tener un sistema jurídico y políticas públicas pertinentes, se seguirá flagelando los derechos de estos grupos sociales, es decir, esto es aún una tarea pendiente de los Estados (Fonseca Hernández, 2013).

Finalmente concluimos manifestando, que la tolerancia, el respeto, y sobre todo la armonía de los pueblos y grupos sociales debe estar presente en este cambio de paradigma socio-jurídico, pues los cambios sociales, tienen la necesidad de traer consigo cambios jurídicos eficaces.

Conflicto de intereses

Abg. Jackson Vicente Condolo Acaro y Andree Valentín Cedillo Luna, declaramos que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

Referencias

- ACNUDH. (2015). Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. ONU.
- Bilbao, J., Perales, A., Antelo, L., Pérez, L., Pérez, L., De la Fuente, G., . . . Urrutia, M. (2020). De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción. Tirant lo blanch.
- Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile (Corte Interamericana de los Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).
- Caso Duque vs Colombia (Corte IDH 26 de febrero de 2016).
- Caso Flor Freire vs Ecuador (Corte IDH 31 de agosto de 2016).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos. OEA.
- Cruz, S. C. (2004). Sexualidades diversas: aproximaciones para su análisis. Miguel Ángel Porrúa. Cruz, S.; Careaga, G. (Coord.). Sexualidades diversas: [aprohttps://elibro.net/es/ereader/bibliotecautpl/75150](https://elibro.net/es/ereader/bibliotecautpl/75150)
- Fonseca Hernández, C. (2013). Derechos humanos, amor y sexualidad en la diversidad sexual desde la perspectiva de género. Editorial Miguel <https://elibro.net/es/ereader/bibliotecautpl/38651>
- Léon Moreta, M. A. (2019). La fuerza vinculante de la OC 24-17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a patejas del mismo sexo" para el Estado ecuatoriano. Revista de Derecho, 4-5.

- Nebot García , J. E., Ballester Arnal, R., Giménez García, C., Ruís Palomino, E., y Martínez Gómez, N. (2020). Psicología y crecimiento humano. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 311-320.
- Pérez Luño, A. E. (2005). Dimensiones de la igualdad. DYKINSON
<https://elibro.net/es/ereader/bibliotecautpl/60925>
- Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (1978). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Zambrano , C., Cevallos , A., y Ojeda , D. (2017). Reconocimiento de la Orientación sexual homosexual. *Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas "PSICOESPACIOS"*, 62-63.

4

Estándares de Debida Diligencia en violencia de género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Jéssica Lizbeth Espinoza Olaya
Carlos Andrés Chapín Zumba
Jessica Elizabeth Espinoza Espinoza*

AUTORES

Jéssica Lizbeth Espinoza Olaya

Magister en Derecho con mención en derechos constitucionales, humanos y ambientales.

UMET Sede Machala

Correo: jelis_18_1991@hotmail.es

<https://orcid.org/0000-0002-3861>

Carlos Andrés Chapín Zumba

Alumno de la carrera de Derecho. UMET Sede Machala.

Universidad Metropolitana del Ecuador, Machala-Ecuador

Correo: andrecarlos1294@outlook.es

<https://orcid.org/0000-0001-7308-1866>

Dra. Jessica Elizabeth Espinoza-Espinoza, PhD

Docente titular de la UMET Sede Machala. Coordinadora de la Maestría en Derecho con mención en derecho constitucional, humano y ambiental. Coordinadora del proyecto de investigación "Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador". Activista por los derechos humanos y de la naturaleza. Presidenta de la Fundación Ecuador Igualitario-FECIG-.

Correo: jespinoza@umet.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-5025-0580>

Estándares de Debita Diligencia en violencia de género en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Standards of Due Diligence in Gender Violence in the Inter-American Court of Human Rights

Resumen

Con el objetivo de identificar y analizar los estándares regionales de la jurisprudencia de la Corte IDH, en los aspectos de: 1) debida diligencia, 2) violencia de género y 3) derecho a una vida libre de violencia; se realizó una investigación a partir de la revisión de jurisprudencia y criterios generados por la Corte IDH desde el año 2001, acerca del rol y debida diligencia frente a la violencia de género que sufren las mujeres, y deben cumplir los Estados asegurando los recursos institucionales reconocido en el art. 66 numeral 3 de la Constitución, art. 9 de ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer y art. 3 de Convención de Belém do Pará; en la investigación se encontrará la recolección de la información correspondiente a sentencias de la Corte IDH de mayor relevancia e impacto en materia de violencia de género, en las cuales se ha juzgado a los Estados Partes por la vulneración a la CADH y de la Convención Belém Do Pará, tomando como muestra poblacional 12 sentencias consideradas relevantes por referirse al tema central de investigación, aplicando técnica de

tipo documental debido a la naturaleza de la propia investigación dogmática. Del desarrollo de la investigación se concluye que para garantizar la tutela de derechos fundamentales es deber elemental del Estado investigar graves violaciones a los derechos humanos, vinculada a los deberes de prevención y garantía asociados a la protección de los derechos sustantivos; porque aún existen limitaciones o debilidades en el sistema para erradicar este problema social, por lo cual en base a la experiencia de la Corte IDH, el diseño y ejecución de políticas públicas deben estar dirigidas a lograr el respeto y garantía de la no violencia, específicamente en el ámbito familiar o intrafamiliar, con procedimientos legales justos y eficaces.

Palabras clave: Derechos Humanos; violencia de género; debida diligencia estatal; estándares regionales en derechos humanos.

Abstract

With the objective of identifying and analyzing the regional standards of the jurisprudence of the Inter-American Court, in the aspects of: 1) due diligence, 2) gender violence and 3) right to a life free of violence; An investigation was carried out based on the review of jurisprudence and criteria generated by the Inter-American Court since 2001, about the role and due diligence in the face of gender-based violence suffered by women, and the States must comply by ensuring the recognized

institutional resources in art. 66 numeral 3 of the Constitution, art. 9 of the comprehensive organic law to prevent and eradicate violence against women and art. 3 of the Convention of Belém do Pará; The investigation will find the collection of information corresponding to sentences of the IDH Court of greater relevance and impact in terms of gender violence, in which the states parties have been judged for the violation of the CADH and the Belém Convention. Do Pará, taking as a population sample 12 sentences considered relevant for referring to the central theme of the investigation, applying a documentary-type technique due to the nature of the dogmatic investigation itself. From the development of the investigation, it is concluded that in order to guarantee the protection of fundamental rights, it is the elementary duty of the State to investigate serious violations of human rights, linked to the duties of prevention and guarantee associated with the protection of substantive rights; because there are still limitations or weaknesses in the system to eradicate this social problem, for which, based on the experience of the Inter-American Court, the design and execution of public policies should be aimed at achieving respect for and guarantee of non-violence, specifically in the family or intra-family sphere, with fair and effective legal procedures.

Key words: Human rights; gender violence; state due diligence; regional human rights standards.

Introducción

Esta investigación desarrolla un repaso dogmático de la jurisprudencia, doctrina y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos (en adelante Corte IDH) acerca de los aspectos más descriptivos sobre la debida diligencia estatal ante el aseguramiento de los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia de género en todas sus manifestaciones. Si bien estas sentencias internacionales son un triunfo particular, porque están definidas para proteger a las personas de la trasgresión de sus derechos constitucionales cometidas por actos de los Estados, también representan un referente general, porque cada caso o situación resuelta puede tener efectos generales; en algunos casos más allá de la solución del conflicto particular.

Este resultado es producto del trabajo investigativo coordinado dentro de la Maestría en Derecho, con mención en Derechos constitucionales, humanos y ambientales, bajo la dirección y tutoría de la Dra. Jéssica Espinoza-Espinoza. PhD, pertenecientes a la carrera de Derecho de la Universidad Metropolitana Sede Machala, donde aporta a la línea de investigación del postgrado: Estudios socio jurídicos y antropológicos de los Derechos Humanos y su relación con temáticas de violaciones de género; maltrato y trabajo infantil; protección de grupos vulnerables; adolescencia; salud y educación.

Las violaciones a los derechos humanos por falta de debida diligencia estatal son actos cometidos por los Estados y por sus funcionarios mediante actuaciones u omisiones, cuando el Estado no realiza aspectos que debería haber hecho; por aprobación y aplicación de leyes violatorias a los derechos humanos; por actos o políticas públicas inadecuadas, o por cualquier otra circunstancia que afecte a la población en general o a parte de ella, y que es cuestionado en el marco de un caso concreto. En la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" (1994), en el art. 1, se refiere a la violencia contra las mujeres, a "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". De aquí se desprende que la violencia es un grave problema social, porque atraviesa la esfera de lo privado a lo público (Aliaga, Ahumada & Marfull, 2003) y atenta contra la base de los derechos humanos que es la dignidad de la persona, que es la base y fundamento de los derechos humanos en general (Carpizo, 2011).

Esta convención de Belém do Pará fue creada por la Comisión Interamericana de Mujeres de la OEA en 1994 y ha sido ratificada por 32 de los 35 miembros de la OEA, incluido Ecuador. La obligación que tienen los Estados de cumplir con las sentencias de la Corte IDH, tienen fuente también en la

obligatoriedad de las decisiones apoyadas por otras normas generales de Derecho internacional, como, por ejemplo, el art. 27 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que establece la necesidad imperiosa de que el Estado cumpla con lo que está contenido en un tratado o convención internacional.

A pesar que los Estados no asumen como deberían la actuación diligente, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) establece en el art. 33 literal a y b, como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el incumplimiento de la CADH por los Estados Partes, a la Comisión y la Corte IDH. En ese sentido, cualquier persona, tiene derecho a presentar a la Comisión IDH peticiones de denuncias sobre violación de la CADH por un Estado Partes (art. 44), una vez que superan ciertos presupuestos; si la Comisión IDH determina la vulneración, esto pasaría a ser juzgado por la Corte IDH de acuerdo a las competencias que se desprenden del art. 62 (1) y (3) de la CADH.

La Corte IDH fue creada en los años 70, y empezó a dictar sentencias desde los 90, apenas en el 2001 aplicó por primera vez la Convención de Belém do Pará en el sistema interamericano para responsabilizar, en el caso María Da Penha vs Brasil, al Estado por omisión, negligencia y tolerancia en relación con la violencia de género. Consideró que la

Convención de Belém do Pará fue vulnerada al no cumplirse los deberes del art. 7(b), (d), (e) (f) y (g), con los derechos protegidos, entre los cuales, a una vida libre de violencia en el ámbito concreto de la violencia doméstica.

Desde el año 2001, la Corte IDH, ha emitido sentencias que han ido acumulando y consolidando un auténtico estándar regional en materia de derechos humanos, sobre la debida diligencia estatal que los Estados Partes de la CADH deben cumplir a través de sus gobernantes, funcionarios administrativos, servidores judiciales y todas aquellas personas de cargos públicos y privados en lo que al derecho que tienen las mujeres a no sufrir violencia en ninguna de sus manifestaciones, tanto en el ámbito público como privado. Tenemos la sentencia de *Artivia Murillo y otros versus Costa Rica*; *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*; *Caso Espinoza González Vs. Perú*; *Caso i.v. Vs. Bolivia*; *Caso Velásquez país y otros Vs. Guatemala*; *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*; *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*; *Caso Gelman Vs. Uruguay*; el caso *González y otras (Campo Algodonero) Vs. México* en el 2009; *Casos Penal Miguel de Castro Vs. Perú* en el 2006; y el caso *Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega Vs. México* del 2010. Como denominador común, en todos se ratifica el compromiso de inmediato cumplimiento que los Estados actúen ante los casos de violencia de género con debida diligencia.

Desde entonces, la obligación de actuar con debida diligencia como estándar en materia de acceso a la justicia de las mujeres ha quedado en una línea muy consolidada de acuerdo con los arts. 8 y 25 de la CADH y 7 literal b, de la Convención de Belén do Pará, y ha sido una constante en las decisiones tanto de la Comisión IDH como de la Corte IDH hasta la actualidad en el último relacionado con Ecuador en la sentencia del Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador.

Se espera que esta investigación contribuya al mayor y mejor conocimiento de los principales criterios y estándares regionales del sistema IDH sobre los derechos humanos de las mujeres a una vida libre de violencia, y que son de directa y obligada aplicación por parte del Estado ecuatoriano, de todas instituciones públicas y privadas vinculadas a la protección y atención de las mujeres, y a los servidores y servidoras públicas, con el propósito de generar estrategias de prevención y de erradicar este problema social.

En el desarrollo de esta investigación se describirán los estándares jurídicos de la Corte IDH, acerca del mandato de debida diligencia de los Estados ante las situaciones de violencia de género que sufren las mujeres y sistematizarlas mediante criterios concretos de actuación.

En el desarrollo del tema se plantea como pregunta de investigación: ¿Cuál es el rol de actuación que deben cumplir los Estados Partes de la CADH y la Convención Belém do Pará, entre los que se encuentra Ecuador, ante la grave situación de violencia de género que afrontan las mujeres según los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH? Para lo cual, se establece como objetivo general, el identificar los estándares jurídicos de la Corte IDH, acerca del mandato de debida diligencia de los Estados ante las situaciones de violencia de género que sufren las mujeres y sistematizarlas mediante criterios concretos de actuación establecidos en la *ratio decidendi* de las sentencias estudiadas.

El objetivo general de trabajo será posible, debido al desarrollo a lo largo de todo el trabajo, de los siguientes objetivos específicos:

Identificar los criterios jurídicos generados por la Corte IDH del concepto de violencia de género contra las mujeres y el derecho que tienen estas a no sufrir violencias; Identificar la importancia de la Corte IDH para los Estados Partes, entre ellos Ecuador, y el grado de vinculación de sus decisiones jurisprudenciales a la actuación estatal y las instituciones nacionales; Determinar los criterios jurisprudenciales producidos por la Corte CIDH, sobre las obligaciones y los

mandatos concretos que deben cumplir los Estados y sus instituciones ante situaciones de violencia de género para sistematizarlos y ordenarlos por cada criterio establecido.

Método

Esta investigación comprende la revisión de jurisprudencia, normativa nacional e interamericana centrada en el objeto de investigación elegido, es decir, en el estudio de los criterios jurisprudenciales generados por la Corte IDH desde el año 2001 hasta la actualidad, desde cuándo se ha consolidado el estándar regional acerca del rol y debida diligencia que deben cumplir los Estados frente a la violencia de género que sufren las mujeres y que están reconocidos como un derecho plenamente asegurado a nivel, Constitucional e internacional, y que los Estados deben asegurar a través de todos los recursos institucionales, reconocido en el art. 66 numeral 3 de la Constitución, el art. 9 de la ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer y el art. 3 de la Convención de Belém do Pará.

Los tipos de investigación empleados en el desarrollo de la temática, fueron la investigación descriptiva, cualitativa, dogmática-jurídica, y con un enfoque basado en derechos humanos; contribuyendo a un estudio más profundo de las distintas fuentes de científicas de las ciencias jurídicas, con un

repasso dogmático, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte IDH acerca de los aspectos más descriptivos sobre la debida diligencia estatal ante el aseguramiento de los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y una atención diligente ante situaciones de violencia de género en todas sus manifestaciones, ya sea física, sexual, psicológica, patrimonial, tanto en el ámbito público y privado.

Para la recolección de la información se ha tomado en consideración las sentencias de la Corte IDH de mayor relevancia e impacto en materia de violencia de género, en las cuales se ha juzgado a los Estados Partes por la vulneración a la CADH y de la Convención Belém Do Pará. La Corte IDH es el Órgano Supranacional llamado a velar que los Estados garanticen en su derecho interno la CADH y la Convención Belén do Pará.

En caso de incumplimiento por parte de los Estados, previo al cumplimiento de ciertos presupuestos, los ciudadanos de cada país suscriptor de la CADH, tienen el derecho plenamente reconocido de acudir ante el Sistema IDH, para solicitar que se le repare en sus derechos vulnerados frente a la falta de actuación diligente del Estado Parte demandado.

Si bien la Corte IDH fue creada en los años 70, recién empezó a dictar sentencias desde los 90 para proceder con la

diligencia debida a fin investigar, prevenir y sancionar toda forma de violencia de género, y desde el 2001 empezó a juzgar con perspectiva de género. Los países miembros que forman parte de la CADH son 24 países.

Para la presente investigación se ha seleccionado siguiendo el criterio de especialidad por la temática central de este trabajo, solo a 12 sentencias de la Corte IDH de los siguientes países: Brasil con el caso María Da Penha Maia Fernández, 16 de abril de 2001; Costa Rica con el caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) Vs. Costa Rica (2012); Chile con el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (2012), Perú con el Caso Del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú (2006); Perú con el Caso Espinoza González Vs. Perú (2014); México con el Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México (2009); Ecuador con el Caso Guzmán Albarracín y Otras Vs. Ecuador (2020); Bolivia con el Caso I.V.* Vs. Bolivia (2016); Guatemala con el Caso Velásquez Paiz y Otros Vs. Guatemala (2015); Argentina Caso Forneron E Hija Vs. Argentina (2012); Uruguay con el Caso Gelman Vs. Uruguay (2011).

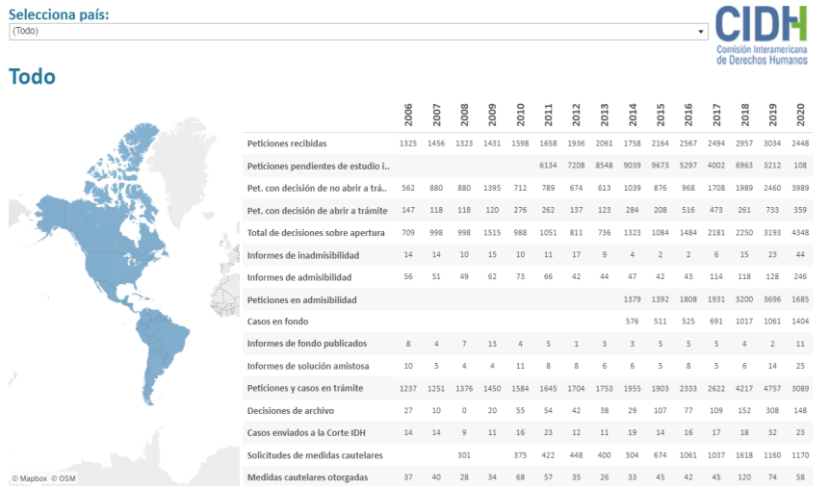
La cantidad de sentencias que se analizan como muestra poblacional en esta investigación son 12 que fueron seleccionadas en relación a su trascendental importancia en relación a la debida diligencia del Estado; entre las escogidas para hacer este estudio, fueron las de Costa Rica con el caso

Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) versus Costa Rica (2012); Chile con el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (2012), Perú con el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú (2006); Perú con el Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú (2014); México con el Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México (2009); Ecuador con el Caso Guzmán Albarracín y Otras Vs. Ecuador (2020); Bolivia con el Caso I.V.* Vs. Bolivia (2016); Guatemala con el Caso Velásquez Paiz y Otros Vs. Guatemala (2015); Argentina Caso Forneron e Hija Vs. Argentina (2012); Uruguay con el Caso Gelman Vs. Uruguay (2011).

En las estadísticas de la Corte IDH, se evidencia el numeral de peticiones, decisiones, informes casos, solicitudes y medidas cautelares otorgadas, continuación en la siguiente gráfica se evidencia la población o totalidad numérico de lo antes indicado desde el año 2006 al 2020.

Ilustración 1

Estadísticas en línea de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (filtro por país Ecuador)



Fuente: Portal web Comisión Interamericana de Derechos Humanos, obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>

Las sentencias seleccionadas fueron elegidas por un criterio de especialidad, concretamente por referirse al tema central de este trabajo: la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes en vulneración de la CADH y la Convención Belén Do Pará.

Las técnicas que se emplearon como mecanismos de soporte a los métodos de investigación, se acogieron en referencia a sus distintos propósitos, debiendo aplicar aquellas que resulten apropiadas a la metodología del estudio y que promueva la producción conocimientos fiables.

En este caso, la técnica fue de tipo documental debido a la naturaleza de la propia investigación dogmática basada en el análisis de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH.

Resultados

Este apartado se constituye en uno de los más importantes capítulos de este trabajo investigativo, debido a que permite describir los fundamentos tomados del marco teórico como referentes para la exploración y descripción de este trabajo, pudiendo contrarrestar las preguntas o interrogantes que originaron la investigación con los objetivos planteados al inicio de este trabajo, a continuación, se detallan las Sentencias de la Corte IDH seleccionadas para el análisis:

Tabla 1*Sentencias de la Corte IDH seleccionadas*

Ord.	País	Caso	Fecha De Sentencia
1	Costa Rica	ARTAVIA MURILLO Y OTROS VS. COSTA RICA	28 de noviembre de 2012
2	Chile	ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE	24 de febrero de 2012
3	Perú	DEL PENAL MIGUEL CASTRO CASTRO VS. PERÚ	25 de noviembre de 2006
4	Perú	ESPINOZA GONZÁLES VS. PERÚ	20 de noviembre de 2014
5	México	GONZÁLEZ Y OTRAS (CAMPO ALGODONERO) VS. MÉXICO	16 de noviembre de 2009
6	Ecuador	GUZMÁN ALBARRACÍN Y OTRAS VS. ECUADOR	24 de junio de 2020
7	Bolivia	I.V. (NOMBRE PROTEGIDO) VS. BOLIVIA	30 de noviembre de 2016
8	Guatemala	VELIZ FRANCO Y OTROS VS. GUATEMALA	19 de mayo de 2014
9	Argentina	FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA	27 de abril de 2012
10	Uruguay	GELMAN VS. URUGUAY	24 de febrero de 2011
11	México	FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS VS. MÉXICO	30 de agosto de 2010
12	Guatemala	VELÁSQUEZ PAIZ Y OTROS VS. GUATEMALA	19 de noviembre de 2015

Elaboración propia

Caso Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) Vs. Costa Rica

El presente caso se relaciona los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en el país.

Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. El 28 de noviembre de 2012 la Corte emitió la Sentencia, en la cual desestimó las excepciones preliminares interpuesta por Costa Rica (en adelante el “Estado”).

Asimismo, en la sentencia a partir del párrafo 381, la Corte declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH. El voto mayoritario estimó que la protección sin excepciones del embrión es desproporcionada y

no se dispuso a analizar el grado de discreción que los Estados podrían tener al momento de fijar tal medida. Al respecto de la protección de la vida del embrión junto a otras consideraciones permiten dar deferencia a los Estados parte sobre materias como la interrupción del embarazo u otras.

Además, estimó que la prohibición categórica y sin excepciones de la vida del embrión constituye una medida que interfiere desproporcionadamente en otros derechos consagrados en la convención. La corte ha dictado una importante sentencia sobre las obligaciones internacionales en materia del derecho a la vida.

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile

En este caso el tribunal ordena que el Estado implemente cursos y programas permanentes de capacitación en derechos humanos, no discriminación y orientación sexual para los servidores públicos y principalmente judiciales. Atala Riffo y Niñas Vs Chile, (2012). Particularmente dentro de los programas y cursos de capacitación deberá mencionarse la sentencia del caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, así como obligación para las autoridades y funcionarios de garantizar a todas las personas sin discriminación por su orientación sexual, el uso y goce de los derechos humanos y constitucionales.

La sentencia del caso Atala Riffo Vs. Chile ha marcado un precedente la esfera jurídica y social de Chile y los demás Estados Partes de la convención, partiendo desde el paradigma patriarcal hacia uno comprensivo e integrador, que incluye importantes modificaciones legislativas; con el objeto de brindar una mayor protección a los menores de edad cuando sus padres se separan, contemplando el principio de corresponsabilidad, además de enumerar una serie de criterios que debe de considerar el juez a la hora de decidir sobre el cuidado del hijo cuyos padres se han separado; recalando que desde el año 2013 se elimina la tenencia materna para el cuidado personal, recayendo ahora en aquel padre que viva con el niño actualmente.

En esta sentencia se condena al Estado chileno por haber discriminado a Karen Atala por su condición homosexual, además de violentar derechos fundamentales de sus hijas; el impacto fue tal en el derecho de familia chileno, que después que la Corte IDH resolviera el caso la aplicación del interés superior del niño es más objetiva y su impacto sigue desarrollándose aterrizado a los hechos de este caso.

Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú

Entre el 6 y 9 de mayo de 1992 se efectuó en el penal Miguel Castro Castro el operativo mudanza 1, oficialmente presentado como un traslado de las mujeres reclusas del pabellón 1-A a la cárcel de mujeres de chorrillos. Esto consistió en un ataque diseñado para eliminar las internas y los internos por terrorismo, ubicados en los pabellones 1-A y 4-B, utilizando estratégicas armas de guerra, bombardeos así como diversas formas de tortura y violencia sexual contra las y los reclusos desarmados y rendidos, de este desastroso acto se comprobó el fallecimiento de 41 internos y 185 heridos, los cuales fueron sometidos a un estricto régimen de incomunicación, extendiéndolo el maltrato incluso a sus familiares, que se encontraban de visita en el penal y fueron testigos del ataque, además de también haber sufrido agresiones, la escasa o ninguna información acerca del operativo, sumado a la negativa intervención de la Cruz Roja internacional en el supuesto traslado y la falta de listas de fallecidos dificultó a los familiares de los reos la búsqueda de sus parientes vivos o heridos.

Asimismo, la Corte IDH (2006) ha indicado que las detenidas debían ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la

Mujer ha señalado que dicha discriminación incluyó la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, y que abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.

En esta sentencia la Corte IDH reconoció que el Perú violó los derechos a la vida e integridad personal de los 41 internos fallecidos, al mismo tiempo violó los derechos a la integridad personal, garantías judiciales y protección judicial a los internos heridos sobrevivientes del ataque como a sus familiares que se encontraban a las afueras del penal aquel día. En tal razón esta sentencia constituyó un importante avance en la jurisprudencia del sistema interamericano en lo relativo a justicia de género. Ello se debió en gran parte no solo por la presencia de víctimas mujeres, sino por la presencia de actos destinados han afectarlas debido a su género.

Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú

El 17 de abril de 1993, los agentes de la División de Investigación de Secuestros (DIVISE) y la Policía Nacional del Perú (PNP) detuvieron a Gladys Carol Espinosa González junto a su pareja, quien murió como producto de las heridas que

causaron en él durante la detención. Gladys estuvo incomunicada durante tres semanas, además durante ese tiempo no se registró su detención. Se la mantuvo bajo precarias condiciones y sufriendo golpes, violencia física y sexual, también amenazas constantes, que ocasionaron en ella lesiones físicas y psicológicas constatadas según informes médicos. Fue condenada por el fuero militar a cadena perpetua por traición a la patria. Sin embargo, en febrero de 2003 se anuló toda la actuando y finalmente fue condenada a 25 años de prisión por delito contra la tranquilidad pública y terrorismo.

Sin embargo, de las denuncias e informes médicos que constatan el estado de salud de las víctimas, jamás se investigó sobre estos actos de violencia que se cometieron en contra de Gladys Espinoza. Recién el 8 de junio de 2011 cuando la Comisión Interamericana notificó al Perú el Informe de Admisibilidad y Fondo No. 67/11 correspondiente al presente caso, se puso en marcha el procedimiento que llevó a la investigación y el 20 de mayo de 2014, el Primer Juzgado Penal Nacional emitió auto de procesamiento, mediante el cual promovió la acción penal en contra de varias personas por los delitos de secuestro, violación sexual y tortura.

La Corte IDH en primer lugar hizo referencia al derecho a la libertad personal, sosteniendo que sólo se permite la suspensión de esta garantía en casos excepcionales, ésta debe ser proporcional y razonable. Así, la Corte sostuvo que las detenciones deben registrarse señalando las causas de la detención, la hora y quiénes la realizaron, además de la constancia de aviso al juez. Afirmó la prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos; así, sostuvo que implica una violación a la dignidad humana todo uso de la fuerza, respecto de las agresiones sexuales como una forma de tortura. La Corte señaló que, al momento de considerar la veracidad de la denuncia, debe tenerse en cuenta que estos ataques se caracterizan por producirse sin la presencia de otras personas que no sean la víctima y el/los agresores/es, por lo que no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentadas.

El presente caso se enmarcó en un contexto de enfrentamiento entre la fuerza pública (militares y policías) y grupos armados del Perú, que inició en el año 1980 y se acrecentó por golpe de Estado el 5 de abril de 1992. Aun así, perduró hasta noviembre del año 2000, para aquel entonces regía en el Perú una legislación antiterrorista que por decreto establecía los delitos de terrorismo y traición a la patria así como la competencia de la justicia militar, llegando a tener injerencia en las investigaciones de estos delitos una práctica generalizada

sistemática de torturas y tratos crueles e inhumanos y degradantes como instrumentos de lucha contra los grupos armados y para la obtención de formación; de misma forma era una práctica generalizada de violación sexual y otras formas de violencia como medio de tortura.

Caso González y otras (campo algodnero) Vs. México

En similar forma, que el caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso.

La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. La Corte IDH hasta antes del caso algodónero, no había analizado las obligaciones de la Convención Belén do Pará. Por eso la importancia de referir este caso, debido a que por primera vez se declararon violaciones directas a la Convención.

Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador

En fecha 24 de junio de 2020, la Corte IDH dictó sentencia que declaró al Ecuador responsable por violencia sexual que sufrió la adolescente en el ámbito educativo, cometida por el Vicerrector de la institución a la cual asistía, la misma que se relaciona con el suicidio de la menor; la violación a garantías judiciales y de derecho a la protección judicial, en relación con el derecho de igualdad ante la ley, en perjuicio de los familiares de la víctima (menor afectada); y la violación al derecho a la integridad personal.

La Corte IDH aceptó el reconocimiento de responsabilidad efectuada por el Estado sobre la falta de adopción de medidas para la prevención de actos de violencia sexual en las instituciones educativas y la falta de actuación con debida diligencia en las investigaciones administrativas y judiciales. La Corte concluyó que el Estado de Ecuador es responsable por la

violación de los artículos 4.1 (derecho a la vida), 5.1 (derecho a la integridad personal) y 11 (derecho a la protección de la honra y de la dignidad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 13 del Protocolo de San Salvador (derecho a la educación), en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (respetar y garantizar los derechos sin discriminación) y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el incumplimiento de las obligaciones de prevenir actos de violencia contra la mujer y abstenerse de realizarlos, conforme con los artículos 7.a, 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 1).

De misma forma también concluyó que el Estado ecuatoriano fue el responsable por violación de derechos de garantías judiciales, protección judicial, igualdad ante la ley, deber de adoptar disposiciones de derecho interno, derecho a la integridad personal y la obligación de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

El fallo obligó al Ecuador a proteger a la niñas y niños, a repararlos, a creerles; además ordenó que el Estado recopile y mantenga información estadística sobre situaciones de violencia sexual en el ámbito educativo, que se detecten casos

de violencia y se reconozca su denuncia, para que nunca más exista indolencia en un proceso administrativo de connotación sexual, sino más bien que repare a las víctimas y sancione a los agresores. También ordenó que el Estado debía proveer a las víctimas y su familia, orientación, atención y asistencia.

En síntesis, la sentencia de la Corte IDH reconoció el daño causado por más de 18 años a la familia de la víctima y que en cada país de la región hay un caso emblemático que ha permitido implementar medidas en los sistemas de justicia para disminuir la violencia de género, más en detalle que corresponde a este caso en delitos de connotación sexual en contra de niños y niñas en la comunidad educativa, que es el lugar donde se deben sentir protegidos.

Caso de I.V. (nombre de la presunta víctima protegido) Vs. Bolivia

La Comisión IDH sostuvo que

el presente caso es un ejemplo de las múltiples formas de discriminación que afectan el goce y ejercicio de derechos humanos por parte de algunos grupos de mujeres, como I.V., en base a la intersección de diversos factores como su sexo, condición de migrantes y posición económica. (IV versus Bolivia, 2016)

Por su parte, la representante de la señora I.V. alegó ante esta Corte que, al ser sometida a una esterilización sin su consentimiento, fue discriminada con base en su condición de i) mujer, ii) pobre, iii) peruana y iv) refugiada. La Corte IDH reconoció que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales, tal como lo describió el propio médico durante la audiencia. Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia.

En particular, la Corte advirtió que el fenómeno de la esterilización no consentida está marcado por estas secuelas de las relaciones históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres. Aunque la esterilización es un método utilizado como anticonceptivo tanto por mujeres como hombres, las esterilizaciones no consentidas afectan de forma desproporcionada a las mujeres exclusivamente por esta condición en razón que se les asigna socialmente la función reproductora y de planificación familiar.

Por otra parte, el hecho de que las mujeres son el sexo con la capacidad biológica de embarazo y parto las expone a que durante una cesárea sea frecuente la ocurrencia de esterilizaciones sin consentimiento al excluirlas del proceso de adopción de decisiones informadas sobre su cuerpo y salud reproductiva bajo el estereotipo perjudicial de que son incapaces de tomar tales decisiones de forma responsable.

Debido a lo anterior, la Corte considera que opera la protección estricta del artículo 1.1 de la Convención por motivos de sexo y género, pues las mujeres tradicionalmente han sido marginadas y discriminadas en esta materia. Por lo anterior, la Corte examinará el caso bajo un escrutinio estricto. En este marco, la Corte resaltó que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.

Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala

El 17 de diciembre de 2001, Rosa Elvira Franco Sandoval denunció ante la Policía Nacional Civil la desaparición de su hija, quien había salido de su casa hacia su trabajo a las 8:00 horas del día anterior y no había regresado. María Isabel tenía en ese momento 15 años de edad, y vivía con su madre, sus dos hermanos y abuelos. No se acreditó ante la Corte IDH que luego de la denuncia, dependencias o funcionarios realizaran acciones de búsqueda de la niña. El 18 de diciembre de 2001, a partir de una llamada anónima, se encontró un cadáver. El mismo día, la señora Franco Sandoval, luego de ver por televisión noticias sobre lo anterior, acudió a la morgue e identificó el cuerpo, indicando que era el de su hija María Isabel.

Luego se estableció que la causa de la muerte había sido un trauma de cráneo producido por arma blanca. El 19 de mayo de 2014 la Corte IDH dictó Sentencia en el caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, declarando que Guatemala vulneró en perjuicio de la niña Veliz el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio a los derechos a la vida, integridad personal, obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y la obligación de actuar con debida diligencia para prevenir e investigar la violencia contra la mujer; así como también se

vulneró los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, igualdad ante la ley, adoptar disposiciones de derecho interno y derecho a la integridad personal a los familiares de la víctima.

Como lo ha hecho anteriormente, la Corte recuerda que, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, ha conocido de diversos contextos históricos, sociales y políticos que permitieron situar los hechos alegados como violatorios de [derechos humanos] en el marco de las circunstancias específicas en que ocurrieron. La Corte se referirá seguidamente a aspectos relativos a la prueba del contexto y, posteriormente, a la situación en Guatemala relativa a homicidios por razón de género, actos violentos contra mujeres e impunidad en la investigación, y la eventual sanción de estos.

Sin embargo, previamente a abordar estas materias hará alusión a la invisibilidad de la violencia contra la mujer en el caso de Guatemala, pues esta situación, por una parte, permite entender la ausencia de datos estadísticos oficiales respecto de los delitos por razón de género, pero además constituye un elemento del contexto de la violencia homicida que afecta de manera específica a las víctimas mujeres.

Caso Fornerón e hija vs Argentina

El 27 de abril de 2012 la Corte IDH declaró, por unanimidad, que el Estado de Argentina resultó internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección a la familia, y por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija M, así como a los derechos del niño en perjuicio de esta última.

Los hechos del presente caso se refieren a diversos procesos judiciales relativos a la guarda judicial y posterior adopción de M por parte del matrimonio B-Z sin contar con el consentimiento del señor Fornerón, padre biológico de M, así como a la falta de establecimiento de un régimen de visitas a favor de aquel, y a la falta de investigación penal sobre la supuesta venta de la niña al matrimonio de guarda. Previo a analizar los procesos mencionados, la Corte Interamericana valoró las acciones del Estado para alcanzar una solución amistosa en el presente caso y aquellas destinadas a lograr el establecimiento de vínculos entre el señor Fornerón y su hija, las cuales incluyeron a diversas autoridades.

Asimismo, el Tribunal tomó nota de lo informado por el Estado sobre pronunciamientos de diversas autoridades nacionales respecto del presente caso. Entre otros, el entonces Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, sostuvo que el presente: se trata de un caso paradigmáticamente grave, con una reprochable conducta de funcionarios judiciales quien[es] en vez de proteger y reparar la violación de los derechos de una niña y su progenitor, optaron por dilatar el proceso y fabricar un contexto fáctico irreversible que luego les sirvió de fundamento para su decisión.

Igualmente, el actual Ministro de Justicia y Derechos Humanos suscribió la postura de su antecesor y señaló: los procesos judiciales que llevó adelante la provincia de Entre Ríos no garantizaron las normas constitucionales y los tratados internacionales con jerarquía constitucional que otorgan derechos y garantías tanto al padre como a la niña. En síntesis, si fuere cierto que existió la venta de la niña, no sólo se afecta el derecho a la identidad de la menor y la credibilidad del instituto de la filiación y parentesco por adopción en Argentina, sino también el propio régimen de filiación, contaminado por el interés malicioso, inmoral y desenfrenado de los adultos, contrapuesto con los derechos humanos de los menores conforme su formación personal y familiar integral en el seno de su familia de origen.

La Corte IDH, en la sentencia de este caso consideró que se vulneró el derecho a la identidad biológica de la niña y el derecho paterno filial de su padre biológico el Sr. Fornerón; además, que el Estado argentino no observó el requisito de legalidad de la restitución al derecho de protección de la familia, ya que el juez que otorgó la guarda judicial no tomó en cuenta la voluntad de padre de niña para cuidar a su hija y no estar separado de ella; este fallo de la corte además de aportar jurisprudencia, fortalece la institución de la Patria Potestad al centralizar el derecho de la niña en miras de consolidar y respetar la unidad de todos los estratos de su identidad, y se sostiene que el principio de verdad biológica debe ser valorado no solo como expresión del principio de protección a la niña sino como pauta interpretativa para todos los involucrados.

Caso Gelman Vs. Uruguay

La Corte IDH en su sentencia analizó los siguientes hechos del presente caso ocurrieron durante la dictadura cívico-militar que gobernó Uruguay entre 1973 y 1985, en el marco de prácticas sistemáticas de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya en colaboración con autoridades argentinas, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la llamada Operación Cóndor.

La Operación Cóndor fue el nombre clave que se dio a la alianza entre las fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur durante la década de los setenta del siglo XX, en su lucha y represión contra personas designadas como elementos subversivos.

El plan Cóndor operaba en tres grandes áreas: en las actividades de vigilancia política de disidentes exiliados o refugiados; en la operación de acciones encubiertas o clandestinas de contrainsurgencia; y en acciones conjuntas de exterminio dirigidas a grupos o individuos específicos, para lo cual se conformaban equipos especiales de asesinos que operaban dentro y fuera de las fronteras de sus países.

Esa coordinación transnacional fue muy organizada, con entrenamientos constantes, sistemas de comunicación avanzados, centros de inteligencia y planificación estratégica, así como con un sistema paralelo de prisiones clandestinas y centros de tortura, con el propósito de recibir a los prisioneros extranjeros detenidos. Ciudadanos de varios países de la región fueron retenidos y luego trasladados a sus países, donde fueron entregados a cuerpos militares de la Operación Cóndor (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p. 3).

Las operaciones clandestinas incluyeron en muchos casos la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños y niñas, para lo cual mujeres embarazadas eran detenidas en el marco de las referidas operaciones y mantenidas vivas. En numerosos casos, los niños y niñas recién nacidos o nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros, luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados. María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de nacionalidad argentina, y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, fueron detenidos junto con otros familiares y amigos el 24 de agosto de 1976 en Buenos Aires, Argentina, por militares uruguayos y argentinos.

Al momento de su privación de libertad, María Claudia tenía 19 años de edad y se encontraba en avanzado estado de embarazo (alrededor de 7 meses). Fueron llevados al centro de detención y tortura clandestino conocido como “Automotores Orletti”, en Buenos Aires, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados. En octubre de 1976 María Claudia García fue trasladada de forma clandestina a Montevideo en Uruguay, por autoridades uruguayas en el denominado “segundo vuelo”, y alojada en la sede del Servicio de Información de Defensa del Uruguay (en adelante “SID”).

En lo sucesivo, habría sido trasladada al Hospital Militar, donde dio a luz a una niña. Su hija recién nacida fue sustraída y entregada ilícitamente a un policía uruguayo y su esposa, quienes la registraron como hija propia y le dieron el nombre de María Macarena Tauriño Vivian. Desde entonces María Claudia García Iruretagoyena se encuentra desaparecida (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p. 3).

Esta sentencia ha contribuido a promover e implementar mecanismos que ayudaron a superar la impunidad consolidada ante el amparo de la Ley de la caducidad de la pretensión punitiva del Estado de Uruguay; así como un refuerzo a la democracia de este país, catalizando discusiones sobre verdad y justicia, que contribuyen de manera decisiva para el inicio de acciones legales en casos de tortura, desaparición forzada y otras violaciones a los derechos humanos, cometidos durante la dictadura. Otro avance importante que contribuye esta sentencia es permitir el acceso efectivo a los documentos de archivo para avanzar en el conocimiento de los hechos pasados y lograr mediante esta justicia.

Caso Fernández Ortega y otros Vs. México

Los hechos del presente caso se producen en un contexto de importante presencia militar en el Estado de Guerrero. La señora Fernández Ortega es una mujer indígena perteneciente a

la comunidad indígena Me'phaa, residente en Barranca Tecoani, Estado de Guerrero. Al momento de los hechos tenía casi 25 años, estaba casada con el señor Prisciliano Sierra, con quien tenía cuatro hijos.

El 22 de marzo de 2002, la señora Fernández Ortega se encontraba en su casa en compañía de sus cuatro hijos, cuando un grupo de aproximadamente once militares, vestidos con uniformes y portando armas, ingresaron a su casa, uno de ellos la tomó de las manos y, apuntándole con el arma, le dijo que se tirara al suelo; una vez en el suelo, otro militar con una mano tomó sus manos y la violó sexualmente mientras otros dos militares miraban, se interpusieron una serie de recursos a fin de investigar y sancionar a los responsables de los hechos; no obstante, estos no tuvieron éxito.

Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación a los derechos humanos, sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores de la sociedad independiente de su clase, raza, grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases.

Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala

El 19 de noviembre de 2015 la Corte IDH dictó una Sentencia, mediante la cual declaró que la República de Guatemala era responsable internacionalmente por la violación del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal; de igual modo, la Corte encontró que el Estado era responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la igualdad ante la ley, en perjuicio de Elsa Claudina Paiz Vidal, Jorge Rolando Velásquez Durán y Pablo Andrés Velásquez Paiz, madre, padre y hermano de Claudina Velásquez. Todos los derechos mencionados anteriormente también fueron violados en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante “Convención de Belém do Pará”).

Asimismo, el Tribunal determinó que no era necesario emitir un pronunciamiento respecto de las alegadas violaciones de los derechos a la vida privada, libertad de expresión y derecho de circulación, en perjuicio de Claudina Velásquez. Los hechos analizados en esta sentencia se enmarcan en un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala e indicaciones de que el mismo era conocido por el

Estado, mismo que se incrementó entre aproximadamente a partir del año 2004 en adelante, hasta la fecha.

Por otra parte, presenta un alto índice de impunidad general en Guatemala, provocando que la mayoría de los actos violentos que conllevan la muerte de mujeres queden impunes e incluso que los investigadores desacrediten y culpabilicen a las víctimas por su estilo de vida, o tipo de ropa, indagando aspectos relativos a las relaciones personales y sexuales de las víctimas, mas no de sus derechos tutelares que ha sido vulnerados.

Conclusiones

- I. Del desarrollo de la investigación se concluye que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de los precedentes establecidos por la Corte IDH, ha desarrollado interpretaciones extensivas e integrales de la CADH y de la propia Convención Belém do Pará, que, en conformidad con instrumentos internacionales del sistema universal y regional de derechos humanos, han conformado los cimientos sobre la actuación de los Estados Parte, entre los que se encuentra Ecuador.

- II. En términos generales, para la Corte IDH, la debida diligencia es la obligación que tienen los Estados de investigar y sancionar graves violaciones de derechos

humanos, ya que acorde al análisis de casos la Corte IDH los Estados Parte son juzgados por la omisión de debida diligencia, determinando para las víctimas medidas reparatorias integrales, estas sentencias representa un aporte significativo para el estado social de derecho, porque se toman como modelo este referente para garantizar la efectividad y la protección necesaria frente a la vulneración de derechos fundamentales. Es decir que en los casos de violencia de género el Estado es el organismo garante de derechos fundamentales y debe tener en cuenta los deberes mínimos de debida diligencia en las etapas de investigación, juicio y sanción. Aunque se denota mejora de los Estados Parte, en la aplicación de los estándares jurídicos internacionales de Derechos Humanos sobre la violencia de género, se recomienda promover mayor difusión a nivel nacional la normativa internacional al respecto.

- III. Conforme se manifiesta en las sentencias de la Corte IDH, en reiterados casos de violencia de género, es deber elemental del Estado, la obligación de investigar graves violaciones a los derechos humanos para garantizar la tutela de los derechos fundamentales, en razón que la investigación judicial permite esclarecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos que generan responsabilidad estatal, lo cual además se constituye para la familia de las víctimas y la sociedad un paso necesario para lograr o conseguir el castigo de los

responsables y el establecimiento de medidas que prevengan la repetición de las violaciones a los derechos humanos; además, esta actuación del Estado está vinculada a los deberes de prevención y garantía asociados a la protección de los derechos sustantivos, por ejemplo, los derechos a la vida o la integridad personal, así como a las garantías de un juicio justo o la tutela judicial efectiva de los derechos

- IV. A pesar de los avances logrados en el campo de protección a los derechos de las víctimas de violencia de género, tales como hacer visible la violencia contra las mujeres y las violaciones de sus derechos humanos, priorizar su atención o protección como grupo vulnerable, difusión de sus derechos y sensibilización en la ciudadanía en general; aún existen limitaciones o debilidades en el sistema para erradicar este problema social que se encuentra arraigado culturalmente, por lo cual se considera importante potenciar a los operadores y administradores de justicia para que el derecho a no sufrir violencia que tienen las mujeres, niñas y adolescentes sea realmente de directa e inmediata aplicación, de conformidad con la jurisprudencia de reiteradas sentencias de la Corte IDH, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva de sus derechos. Es decir, la aplicación de lo establecido por la Corte IDH requiere de un cambio de cultura jurídica frente a la responsabilidad que tiene

cada funcionario ante las mujeres como sujetas de derechos a no sufrir violencia.

- V. En la experiencia latinoamericana en base a la experiencia de la Corte IDH el diseño y ejecución de políticas públicas deberían estar dirigidas a lograr el respeto y garantía de la no violencia, para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres en general, específicamente en el ámbito familiar o intrafamiliar, con procedimientos legales justos y eficaces para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a reparación del daño y otros medios de compensación.
- VI. En el relevante caso Albarracín, contra el Estado ecuatoriano analizado y sentenciado por la Corte IDH, Ecuador no reconoció en forma expresa la violación a algún derecho u obligación convencional, sin embargo aceptó su responsabilidad por: a) la falta de adopción de medidas para la prevención general y específica de actos de violencia sexual en la institución educativa estatal a la que asistía Paola Guzmán Albarracín, y b) la falta de actuación con diligencia debida en la realización de investigaciones administrativas y judiciales, inclusive respecto a la aplicación de la prescripción penal; por lo cual a partir del 24 de junio de 2020 en que se emite la sentencia, el Estado ecuatoriano ha implementado otras medidas adicionales para lograr corregir y subsanar las insuficiencias para la detección de casos de violencia

sexual contra niñas o niños en el ámbito educativo. Es importante que los administradores de Justicia en el despacho jurisprudencial de cualquier violación a derechos humanos y en particular cuando existan indicios de violencia de género procure la tutela judicial efectiva de la víctima, efectivizando la aplicación de la justicia. Los operadores de Justicia deben aplicar las disposiciones de las convenciones y también la interpretación de estas, para expandir el nivel reforzado de prevención, investigación y sanción en los casos de violencia de género.

- VII. La aplicación de los estándares del Sistema Interamericano, al igual que los principios y obligaciones para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, va mucho más allá de solo investigar de oficio las violaciones a los derechos humanos, sino más bien se debe destinar en localizar a la víctima, identificar su identidad, sancionar a los responsables, y principalmente garantizar la tutela de los derechos fundamentales.

Conflicto de Intereses.

Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

Referencias

- Aliaga, P., Ahumada, S., y Marfull, M. (2003). *Violencia hacia la mujer: un problema de todos*. 68 (1), 75-78.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0717-75262003000100015>
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, 25, 3-29.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001&lng=es&tlng=es.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2006). *Sentencia de caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (16 de noviembre de 2009). *Sentencia de caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Febrero de 2011). *Sentencia de caso Gelman versus Uruguay*.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de Abril de 2012). *Sentencia de caso Forneron e hija versus Argentina*.
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de Noviembre de 2012). *Sentencia de caso de Artavia Murillo y Otros (“Fecundacion In Vitro”) Vs. Costa Rica.*
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Febrero de 2012). *Sentencia de caso de Atala Riffo y Niñas Vs Chile.*
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de Noviembre de 2014). *Sentencia de caso Espinoza Gonzáles Vs Perú.*
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de Noviembre de 2015). *Sentencia de caso Velasquez Paiz y otros versus Guatemala.*
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de Noviembre de 2016). *Sentencia de caso Caso I.V. versus Bolivia (Por solicitud expresa se mantiene en reserva el nombre de la presunta víctima, utilizándose la sigla “I.V.” para referirse a la misma).*
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Junio de 2020). *Sentencia de caso Guzman Albarracín y Otras Vs. Ecuador.*
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf

Organización de los Estados Americanos. (junio de 1994).
Convención Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belem do Pará. Belem do Pará, Brasil.

Tamayo, M., y Tamayo. (2014). *Proceso de Investigación Científica*. Limusa, Editorial.

Tantaleán, O. R. (1 de febrero de 2016). *Tipología de las Investigaciones Jurídicas*. Fundación Dialnet:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>

5

*El derecho a la igualdad y no discriminación en
la sentencia 1035-12-EP/20 de la Corte
Constitucional del Ecuador*

*Jimmy Alberto Valarezo Román
Fredy Steven Espinoza Ortiz*

AUTORES

Jimmy Alberto Valarezo Román

Universidad Metropolitana sede Machala, Machala-Ecuador.
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Metropolitana sede Machala.
Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo de la ciudad de Guayaquil

Correo: jimmyvr22@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9449-5299>

Freddy Steven Espinoza Ortiz

Universidad Metropolitana sede Machala, Machala-Ecuador
Abogado por la Universidad Metropolitana sede Machala

Correo: stevenjunior97@outlook.com
<https://orcid.org/0000-0001-8031-7566>

El derecho a la igualdad y no discriminación en la sentencia 1035-12-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador²

The right to equality and non-discrimination in judgment 1035-12-EP/20 of the Constitutional Court of Ecuador

Resumen

La investigación giró en torno al derecho a la igualdad y no discriminación a través del análisis de sus diversas dimensiones recogidas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), pero esencialmente de la Corte Constitucional del Ecuador, para centrar el estudio en la sentencia 1035-12-EP/20. Así, se utilizó el método deductivo, con enfoque cualitativo, que permitió describir el objeto desde las fuentes bibliográficas generales, hasta llegar a los estudios particulares entorno al tema. Se aplicó el método de estudio histórico lógico para efectuar un diálogo con la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional. La importancia del tópico respondió a la necesidad de indagar en el precedente auto

² Este resultado es producto del trabajo investigativo desarrollado en el marco del proyecto de investigación científica titulado: Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador (Medina, R., Valarezo, J., & Romero, C., 2021), perteneciente a la carrera de Derecho de la Universidad Metropolitana Sede Machala

vinculante y hetero vinculante, y su relación con el principio *stare decicis*, en cuanto a la aplicación de decisiones judiciales previas en casos análogos, y con ello garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación, y consecuentemente la seguridad jurídica, certeza, confianza y previsibilidad a los ciudadanos. La conclusión del trabajo se traduce a una nueva concepción del precedente, que busca universalizar el fundamento de las decisiones de Órganos jurisdiccionales para casos similares en el futuro.

Palabras clave: igualdad, no discriminación, precedente, *stare decicis*, auto vinculante y hetero vinculante.

Abstract

The research revolved around the right to equality and non-discrimination through the analysis of its various dimensions collected in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IA Court), but essentially of the Constitutional Court of Ecuador, to focus the study. in judgment 1035-12-EP/20. Thus, the deductive method was used, with a qualitative approach, which allowed describing the object from the general bibliographic sources, until arriving at the particular studies around the subject. The logical historical study method was applied to carry out a dialogue with the national and international doctrine and jurisprudence. The importance of the

topic responded to the need to investigate the self-binding and hetero-binding precedent, and its relationship with the stare decisis principle, regarding the application of previous judicial decisions in analogous cases, and thereby guarantee the right to equality, and non-discrimination, and consequently legal certainty, certainty, trust and predictability for citizens. The conclusion of the work translates into a new conception of the precedent, which seeks to universalize the basis of the decisions of jurisdictional bodies for similar cases in the future.

Key words: equality, non-discrimination, precedent, stare decisis, self-binding and hetero-binding.

Introducción

Los antecedentes más relevantes para el desarrollo de la presente investigación son las concepciones jurídicas que ha plasmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en sentencias como Furlán y familiares Vs. Argentina del año 2012, Norín Catrimán y otros Vs. Chile del año 2014, Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala del 2018, así como los pronunciamientos en dos de sus Opiniones Consultivas, OC - 18/03 y OC - 24/17, todo ello respecto al derecho a la igualdad y no discriminación.

Lo expuesto será comparado con las sentencias 012-13-SIN-CC, 010-14-SEP-CC, 019-16-SIN-CC, para centrar como objeto de estudio la decisión 1035-12-EP/20, todas emanadas de la Corte Constitucional del Ecuador, que recoge varias dimensiones del derecho a la igualdad y no discriminación.

La problemática del eje temático se relaciona a la determinación de estándares sobre la igualdad y no discriminación y su influencia en la sentencia 1035-12-EP/20, que reviste una idea nueva sobre el precedente judicial a raíz de dos categorías, precedente auto vinculante y precedente hetero vinculante, y su nexo con el principio *stare decicis*, por ello la necesidad de analizar el precedente judicial como norma jurídica general y abstracta, y su adecuación frente a conceptos como la igualdad y no discriminación y la seguridad jurídica.

Se concluirá la investigación con un enfoque específico en cómo ha de aplicarse decisiones judiciales previas en casos análogos, sentencias cuyo contenido pueda universalizarse para casos similares en el futuro, y así garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación, y consecuentemente la certeza, confianza y previsibilidad a los ciudadanos.

Método

Para la presente investigación se empleó el método deductivo, con enfoque cualitativo, que permitió realizar una descripción más profunda del objeto desde las fuentes bibliográficas generales, entre ellas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional hasta llegar a los estudios particulares entorno al tema que se traduce a la sentencia 1035-12-EP/20.

Se aplicó el método de estudio histórico lógico para determinar el comportamiento y desarrollo que ha tenido el objeto de investigación en las sentencias estudiadas, lo que permitió verificar la causalidad entre la historia del mismo, su evolución (variables en la concepción de la igualdad y no discriminación) y su esencia (aspectos que generan cambios en acepción).

Resultados

La estrategia utilizada consistió en la realización de fichas de análisis de documentos y de sentencias, caracterizadas por la extracción de información relevante para la investigación. Mediante estas, pudo efectuarse un análisis discursivo sobre la compilación de doctrina y de las decisiones para examinar la *ratio decidendi* de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos y Corte Constitucional del Ecuador, enfocado a las dimensiones y evolución del derecho a la igualdad y no discriminación y su impacto en la sentencia 1035-12-EP/20, como objeto de estudio.

Discusión

Dimensión del principio - derecho a la igualdad y no discriminación a partir de los pronunciamientos de altas Cortes.

En primer lugar, resulta menester delimitar el contenido y alcance del derecho a la igualdad y no discriminación desde los pronunciamientos emitidos por organismos internacionales de protección de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por parte del máximo Órgano de Control, interpretación y justicia constitucional del Ecuador, la Corte Constitucional, para así diferenciar las extensas aristas que posee este derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) ha sostenido que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones, una concepción negativa que refiere a la prohibición de realizar tratos arbitrarios, y la positiva respecto a la imperatividad de los Estados de crear condiciones de igualdad de aquellos grupos que han sido excluidos a lo largo de la historia, así como de

quienes se encuentran en un potencial riesgo de ser discriminados (Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, 2012).

Posterior a ello, en otro pronunciamiento, la Corte IDH ha indicado que:

Una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. (Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, 2014)

En esa línea, este organismo internacional enfatiza que el derecho a la igualdad y no discriminación ha ingresado al dominio del *ius cogens* y que sobre este se asienta todo el andamiaje jurídico, por lo que, los motivos determinados en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) no constituyen un listado taxativo acerca de, en qué casos podría existir un trato diferenciado, sino por el contrario, al establecerse el término de “otra condición social” deja abierta la puerta para que se puedan incorporar otras categorías que no hayan sido explícitamente determinadas en dicha normativa internacional (Opinión Consultiva OC - 24/17, 2017).

En el Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, la Corte IDH ha sostenido que el artículo 24 de la CADH protege que las actuaciones de los Estados Partes se ajusten a lo previsto en dicho instrumento y en las leyes internas, existiendo una distinción entre el artículo 1.1 y el 24 de este Tratado. El primero refiere a que si un Estado incurre en una inobservancia en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría con su obligación determinada en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión, mientras que el segundo protege la desigualdad ante la ley y su aplicación, debiéndose analizar a la luz de lo previsto en el artículo 24 de la CADH en correspondencia con las categorías protegidas por el artículo 1.1 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

Por otro lado, respecto a la prohibición del Estado a discriminar de forma directa e indirecta, la Corte IDH ha indicado que:

Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la

ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales. (Opinión Consultiva OC - 18/03, 2003)

Por su parte, en el ordenamiento jurídico interno, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (en adelante CRE) reconoce el principio y el derecho a la igualdad, el primero se encuentra previsto en el artículo 11 numeral 2 y el segundo en el artículo 66 numeral 4:

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 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.

Art. 66. – Se reconoce y garantizará a las personas:

4. Derecho a la igualdad formal, material y no discriminación. (Asamblea Constituyente, 2008)

Cabe resaltar en este punto, que el artículo 11 numeral 2 de la Carta Fundamental establece una lista que se ha denominado “categorías sospechosas” es decir, esta norma jurídica, como principio - mandato de optimización, prevé pautas para que se pueda examinar que las actuaciones por parte del Estado y/o de los entes privados, no se encuentran inmersos en dichas prohibiciones de discriminación.

Mientras tanto, el artículo 66 numeral 4 *ibídem*, como derecho, determina que los actos ejercidos por los entes estatales serán garantizando la igualdad formal y material, debiéndose analizar en conjunto con las categorías señaladas en el artículo referido en el párrafo anterior, al momento de comprobar si ha existido un acto diferenciado, no justificado, que haya producido una discriminación y por ende una afectación al individuo.

La Corte Constitucional del Ecuador, a través de sus precedentes vinculantes, se ha encargado de delimitar el contenido y alcance de este principio y derecho fundamental, indicando que, la igualdad como principio se clasifica en dos dimensiones, una formal y una material; la primera respecto a que parte en el nivel de conciencia jurídica de igualdad de todas las personas sobre su dignidad indistintamente de otras consideraciones, y la segunda, que recae en la distinción de cada individuo a fin de evitar un trato discriminatorio, tomando en consideración que no todos los sujetos deben ser tratados de forma idéntica, sino que todos deben gozar de las mismas oportunidades (Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

En esa línea argumentativa, la Corte Constitucional manifestó en el mismo caso que, este principio implica un mandato de igualdad sobre la creación y aplicación de las leyes, así que impone que se deba justificar de forma racional y objetiva el trato diferenciado.

Asimismo, la Corte Constitucional ha sostenido que frente a la igualdad como derecho, puede encontrarse dos dimensiones, la formal que refiere a la igualdad ante la ley, es decir respecto a la aplicación del ordenamiento jurídico, y la material que se fundamenta en las particularidades de los sujetos, determinando que si se encuentran en situaciones

similares deben ser tratados de forma igualitaria (Corte Constitucional del Ecuador, 2016).

Ahora bien, tal como se propone en el tópico central de este trabajo, el derecho a la igualdad y no discriminación puede tener una incidencia en el derecho a la seguridad jurídica cuando frente a casos análogos, un Juez o Tribunal que ha resuelto el caso de una forma en particular bajo unas consideraciones, resuelve otro de la misma especie, pero de manera injustificada en otro sentido, y bajo consideraciones distintas al anterior, al respecto, el máximo Órgano de Justicia Constitucional ha sostenido que:

Para el caso concreto, importa sobre todo la igualdad en su dimensión formal, tradicionalmente denominada “igualdad ante la ley”. De acuerdo con este rol de la igualdad, las normas jurídicas deben ser aplicadas a todas las personas, sin distinción de ninguna clase. Así, los privilegios y cargas que otorga el derecho objetivo deben ser universalmente repartidos entre los sujetos de derechos constitucionales o lo que es lo mismo, los sujetos que se hallen en determinada situación jurídicamente relevante, deben recibir el mismo tratamiento.

Al verter todas estas reflexiones en el contexto de las decisiones jurisdiccionales, las razones que el juez utilice para decidir sobre un supuesto fáctico determinado – conocidas en la doctrina del Derecho Jurisprudencial *ratio decidendi*–, deberán ser aplicadas por este en un caso posterior con el mismo supuesto. (Corte Constitucional del Ecuador, 2014)

Precedente

Para efectos de la investigación, se considera relevante abordar ciertos aspectos concernientes a los precedentes, es decir, conocer qué son, en qué se fundamentan, para así comprender el objeto de estudio que se aborda en el presente trabajo de investigación.

Para Michelle Taruffo el precedente proporciona una regla que es capaz de ser universalizada y puede ser aplicada a un caso ulterior que guarde similitud fáctica, es decir, que debe existir analogía en los hechos del primer caso con los del segundo (Taruffo, 2007).

El precedente se refiere a una decisión que ha sido tomada en el pasado y cuyos fundamentos servirán para en el futuro resolver casos que guarden similitud fáctica, pues, al momento de decidir un caso se deberán tomar en cuenta de forma

imperativa los argumentos o razones con los que se ha emitido un dictamen previamente sobre un hecho particular (Bazante Pita, 2015).

Bajo esa línea, cabe señalar entonces, que los precedentes se fundamentan principalmente en las razones esgrimidas dentro de una sentencia, es decir, en aquellas argumentaciones que son relevantes para decidir y sobre las cuales el decisor (juez/a) subsume los hechos del caso concreto.

Pulido (2018) sostiene que, a partir del precedente, corresponde a las normas jurídicas establecer si el precedente judicial es vinculante, ello, con la finalidad de consagrar la obligatoriedad de su aplicación.

Ahora bien, en lo que respecta al sistema jurídico ecuatoriano; a partir de la entrada en vigencia de la CRE del año 2008, existió un cambio sustancial respecto a las fuentes del Derecho, ya que es en esta Carta Fundamental en la que el precedente se convierte en una fuente formal y transversal a todo el ordenamiento jurídico, dejando a un lado la visión legalista en la que únicamente se consideraba a la ley y otras, como fuentes directas del Derecho.

La CRE como cuerpo normativo, dota de fuerza vinculante a los fallos emitidos por la Corte Constitucional (Art. 436.1 CRE) a diferencia de los emitidos por la Corte Nacional de Justicia que conforme a lo previsto en el artículo 185 de la Norma Suprema, deben existir necesariamente tres fallos de triple reiteración (considerando los fundamentos de las decisiones) y que sean elevadas al Pleno de la Corte Nacional para que este decida si se convierte o no en jurisprudencia vinculante.

Cabe exaltar, además, que no todo el contenido de la sentencia en sí, constituye un precedente vinculante, sino únicamente la regla que es capaz de ser universalizada, que tiene su origen principalmente en la *ratio decidendi* de la decisión judicial. Es importante enfatizar, que la *ratio decidendi* refiere a las razones y argumentos fundamentales que expone el juzgador cuando resuelve un caso concreto, es decir, los que tienen relación directa con la decisión, debiendo diferenciar de los argumentos de apoyo o también llamados *obiter dicta* que son indicativos y no revisten de obligatoriedad (Aguirre, 2019).

Precedente y el derecho a la igualdad y no discriminación.

Sobre este subtema, corresponde ahora dilucidar la vinculación del precedente con el derecho a la igualdad y no discriminación, ya que como se expuso en líneas anteriores, el

derecho a la igualdad y no discriminación determina que, frente a situaciones similares, corresponde un trato igualitario, garantizando de esta forma el derecho en cuestión.

Los precedentes se encuentran íntimamente relacionados al derecho a la igualdad y no discriminación ya que como se ha podido apreciar, cuando se resuelve un caso concreto se analizan los hechos del mismo, se exponen argumentaciones jurídicas y razonamientos en los que el juzgador sustenta su decisión para resolver el caso puesto a su conocimiento (*ratio decidendi*). En ese sentido, es lógico que frente a un caso que guarde similitud fáctica se resuelva en el mismo sentido bajo los argumentos expuestos en la decisión precedente, ya que, de lo contrario, se atentaría contra el Derecho analizado en el presente trabajo, pues frente a hechos o circunstancias similares no es adecuado un trato diferente al menos que sea para promover derechos o para la progresión de estos (Art. 11.2 y 66. 4 CRE).

Si el Juzgador, en vista del caso resuelto anteriormente, decide de una forma distinta, debe necesariamente explicar de forma motivada, exponiendo las razones y fundamentos por los cuales ante un caso similar optó por otra dirección, debiendo imperativamente analizar los hechos, ya que es en base a estos sobre los cuales se puede determinar si los casos guardan o no similitud.

Ahora bien, cabe necesariamente puntualizar que, un determinado juzgador no está estrictamente obligado a resolver de la misma forma en que otro juzgador ha resuelto, en vista de que no se encuentra atado al principio *stare decisis* (sobre este principio se abordará subsiguientemente) no obstante, si el accionante/accionado/actor/demandado expone como parte de su teoría o argumentos, un caso que guarda similitud, este debe asimilar dichas consideraciones únicamente de forma referencial, ya que estaríamos frente a lo que se conoce como precedente persuasivo, sin que se configure como auto-vinculante para el juzgador que está conociendo el caso concreto (sobre el precedente auto-vinculante se abordará subsiguientemente).

Principio *stare decisis*

El principio *stare decisis* se constituye como un pilar fundamental dentro del sistema anglosajón o también conocido como *common law*, sin embargo, como se ha expuesto en líneas anteriores, han existido cambios sustanciales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano que proviene principalmente de la familia del *civil law*, dichos cambios han consistido en dotar de mayor importancia a las decisiones judiciales, esencialmente a los precedentes, mismos que cuentan con una *ratio decidendi* que obliga a ser observada en casos futuros que guarden similitud fáctica.

En esa línea, el principio referido, cuyo nombre completo es *stare decisis et quieta non movere* que traducido al español significa “estar a lo decidido y no perturbar lo que ya está decidido, lo que está quieto” (Legarre & Rivera, 2006) tiene que ver con el respeto a decisiones judiciales que se han tomado en ciertos casos concretos, es decir, precedentes, y que estas no sean modificadas más que por causas justificadas, motivando su alejamiento al criterio antes establecido.

Oyarte (2016) ha sostenido que *stare decisis* es una regla que determina una vinculación del juez a sus propios precedentes, siendo una obligación que nace de la Constitución y que, de no respetarlo, se vulnerarían derechos como la igualdad y no discriminación, seguridad jurídica y tutela efectiva, ya que ante hechos similares las decisiones deben ser iguales.

La Corte Constitucional del Ecuador también se ha pronunciado respecto a la importancia que denota la observancia de este principio, indicando que los jueces y juezas deben adherirse a lo decidido por ellos mismos en anteriores casos o por las decisiones emanadas de jueces de superior jerarquía dentro de la misma jurisdicción, evitando así que se

contradigan las decisiones, de hacerlo, deberán obligatoriamente fundamentar por qué se han alejado del criterio preestablecido (Corte Constitucional del Ecuador, 2010).

En otro de los pronunciamientos de este mismo Tribunal de Justicia Constitucional, se estableció que la regla del *stare decisis* conlleva a que las Autoridades Jurisdiccionales deben asumir en sus propios fallos, lo decidido por la Corte Constitucional, ya que son razonamientos jurídicos que influyen la actividad jurisdiccional (Corte Constitucional del Ecuador, 2015).

De lo expuesto, se evidencia que sin duda el principio *stare decisis* juega un rol fundamental dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, debido a que, con su observancia, se evita la arbitrariedad de los Juzgadores al momento de conocer y resolver casos concretos de similares situaciones fácticas, pues de esta manera se obliga a los órganos jurisdiccionales a aplicar y respetar sus propios criterios dentro de un caso y decidir en el mismo sentido uno posterior, garantizando una decisión justa, de sujetos que se encuentren en circunstancias similares (igualdad y no discriminación).

Como se denota, los precedentes no solo se encuentran vinculados con el derecho a la igualdad y no discriminación, sino también estos se hallan atados al derecho a la seguridad jurídica, ya que como se analizará, es un derecho sustancial para evitar actuaciones que se extralimiten de la discrecionalidad en las decisiones judiciales y así brindar confianza y certeza a los ciudadanos, y que, sus situaciones jurídicas serán resueltas en función y armonía a lo decidido en el pasado, con casos de igual similitud fáctica.

Los precedentes y el derecho a la seguridad jurídica.

En virtud de lo acotado *supra*, se ha constatado que el precedente se encuentra vinculado con el derecho a la seguridad jurídica, siendo necesario abordar la conceptualización de la seguridad jurídica y sus elementos a partir de los pronunciamientos emitidos por el máximo Órgano de Control, interpretación y justicia constitucional para luego explicar la relación entre ésta y el precedente.

La CRE establece en su artículo 82 que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas previas, claras y públicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes (Asamblea Constituyente, 2008).

La Corte Constitucional, en una primera aproximación, citando a Eduardo Espín, sostuvo que:

Ha de entenderse como *"la regularidad o conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones públicas y de los jueces y tribunales"*. Esta previsibilidad en la actuación de autoridades, entre ellos los jueces, excluye la posibilidad de modificación arbitraria de situaciones jurídicas preexistentes, lo contrario, es decir, actuaciones imprevisibles ocasionan inseguridad jurídica, cuyo efecto puede ser la vulneración de derechos y la provocación de perjuicios; supone además el conocimiento del ordenamiento jurídico. La previsibilidad en la aplicación del derecho supone: *"proporcionar de forma indirecta a los particulares una considerable certeza sobre la conducta probable de terceros particulares"* (Corte Constitucional del Ecuador, 2010).

Al interpretar el artículo 82 de la Norma Suprema, la Corte Constitucional ha determinado que, el derecho a la seguridad jurídica es el pilar fundamental sobre el que se asienta la confianza ciudadana, ya que las actuaciones de los poderes públicos deben observar las normas que conforman el

ordenamiento jurídico, actuaciones que deben enmarcarse únicamente dentro de las atribuciones que les ha sido conferidas por la Constitución y la ley (Corte Constitucional del Ecuador, 2015).

En el año 2017, la Corte indicó que los elementos de certidumbre y previsibilidad se articulan dentro del ámbito en el que el derecho a la seguridad jurídica es ejercido, de esta manera se genera certeza de que su situación jurídica será estable en razón de hechos acaecidos, concibiendo una expectativa legítima.

Esta alta corte, en fallos recientes, recalcó que todos los ciudadanos deben contar con un “ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que les permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas” (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

En efecto, ¿por qué el derecho a la seguridad jurídica se encuentra vinculado con el precedente?, la respuesta a esta interrogante parte por la existencia de un fallo que contiene un razonamiento (*ratio decidendi*) en el que el Juzgador sustentó su decisión, es decir, expuso las razones y fundamentos que lo llevaron a decidir de una forma en particular, existiendo o consolidándose en ese momento un criterio respecto a ciertos hechos concretos (cabe señalar que dentro de ese razonamiento

y fundamentos existen normas que fueron aplicadas al caso), por lo que, mal podría el mismo Juzgador, en otro caso, con hechos similares resolver en manera distinta.

En esa línea, el momento en el que el Juzgador resuelve de manera desemejante, al ciudadano se lo coloca en una posición de inseguridad jurídica, ya que él contaba con una previsibilidad frente a los hechos del caso concreto, es decir, poseía una expectativa legítima de que se resolvería al igual que el caso análogo, en base a las razones y fundamentos que la Autoridad Jurisdiccional había decidido previamente, causando una desconfianza en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Análisis de la sentencia 1035-12-EP/20

Corresponde en este punto, contextualizar la sentencia objeto de análisis del presente trabajo, por ello, es menester realizar un breve antecedente de los hechos del caso y de cómo la Corte Constitucional del Ecuador expone dentro de su *ratio decidendi* la importancia de los precedentes y su vinculación con el derecho a la igualdad y no discriminación.

Un ciudadano presentó una Acción Extraordinaria de Protección (en adelante AEP) en contra de una sentencia emitida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de

Pichincha, dicha decisión, revocó la sentencia de primera instancia en la que se decidió reintegrar al individuo a las filas policiales por haberse vulnerado sus derechos constitucionales en una resolución expedida por el Tribunal de Disciplina de la Escuela Superior de Policía.

Dentro de los cargos impugnatorios expuestos en la AEP, sostuvo que se habían inobservado sentencias emitidas por otras Salas de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en las cuales se aceptaron las pretensiones de otros dos compañeros suyos, con los que cometió la infracción disciplinaria, por la que fue dado de baja de las filas policiales, y estos fueron reintegrados, dicha omisión producía un trato discriminatorio, violatorio al derecho a la igualdad consagrado en los artículos 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Carta Fundamental.

En ese sentido, la Corte Constitucional del Ecuador analiza el caso concreto, bajo el siguiente problema jurídico: ¿la sentencia impugnada, al no considerar las decisiones judiciales expedidas en casos similares, vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación? Para ello, el Órgano establece que, para la resolución del mismo, es necesario puntualizar ciertos aspectos referentes a los precedentes.

Bajo esa línea, se sostuvo que los precedentes pueden ser verticales y horizontales, dividiéndose este último en auto-vinculantes y hetero-vinculantes (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

Los verticales surgen cuando provienen de una decisión adoptada por un Órgano jerárquicamente superior como en el caso de las decisiones emanadas por la Corte Constitucional o la Corte Nacional de Justicia, este último será vinculante siempre y cuando se satisfagan las condiciones previstas en el artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador. Y los precedentes horizontales se producen cuando devienen de decisiones adoptadas por un órgano del mismo nivel jerárquico que el de referencia.

La Corte en la sentencia es enfática en señalar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no instituye el precedente horizontal hetero-vinculante, esto, en cuanto a las Salas de las Cortes Provinciales u órganos jurisdiccionales de instancia; la hetero-vinculatoriedad representa que los fundamentos (*ratio decidendi*) expuestos por parte de cierto tribunal dentro de una decisión judicial, aten u obliguen a otros jueces del mismo tribunal (entiéndase aquello como por ejemplo: Tribunal Penal, Civil o Sala Penal, Civil, Familia, etc.) a resolver un caso análogo bajo los mismos fundamentos.

Por su parte, los precedentes horizontales *auto-vinculantes* si constituyen una necesidad racional y jurídica, pues los fundamentos (*ratio decidendi*) expuestos dentro de una decisión jurisdiccional por parte de los jueces que componen cierto tribunal, obliga a los mismos a observar esos fundamentos cuando en el futuro tuvieren que resolver un caso análogo, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando motiven de forma suficiente el cambio de criterio. Lo expuesto, surge debido a que los jueces deben universalizar sus decisiones en aras de resolver casos análogos en el futuro, concordante con el principio *stare decisis*.

En esa línea, la Corte sostiene que lo citado guarda relación y armonía con el derecho a la igualdad y no discriminación, resultando irracional y contrario a este derecho si en un caso concreto se resuelve de cierta forma, bajo unos fundamentos, y en otro caso análogo se propone una decisión diferente, bajo otros argumentos, sin explicar y justificar el cambio de criterio.

La Corte examinó si las decisiones judiciales invocadas por el accionante eran vinculantes o no, dando cuenta que ninguno de los miembros de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales que emitieron la sentencia impugnada conformó alguno de los tribunales que emitieron las sentencias referidas por el accionante de la AEP, por lo que no había precedente auto-vinculante que aplicar, desestimando la

acción propuesta por no encontrar violación al derecho a la igualdad y no discriminación.

Conclusiones

Una vez que se ha estudiado el tópico objeto del presente trabajo de investigación, se denota que es a partir del año 2008 con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, en la que se da realce a los precedentes, siendo que las sentencias emanadas de la Corte Constitucional serán vinculantes de conformidad con lo previsto en el artículo 436 numeral 1, al igual que las emitidas por la Corte Nacional de Justicia, en esta siempre que se satisfagan las condiciones determinadas en el artículo 185 *ibídem*.

Asimismo, se ha podido establecer que los precedentes encuentran su fundamento en el derecho a la igualdad y no discriminación, y en el derecho a la seguridad jurídica por cuanto las razones esgrimidas en un fallo deben ser universalizadas con el objeto de resolver casos futuros que guarden similitud fáctica, en ese sentido, si un Juez conoce un hecho y resuelve emitiendo una decisión judicial bajo unos argumentos, cuando conozca otro con similares circunstancias deberá remitirse a los fundamentos expuestos en la decisión precedente, en virtud del principio *stare decisis*, garantizando la previsibilidad creada en el fallo, además de que ante situaciones iguales corresponde un trato equivalente, proveyendo certeza y

confianza en el justiciable de ser tratado conforme al ordenamiento jurídico y en igualdad de condiciones.

Bajo esa línea, se colige también que los jueces pueden apartarse de su criterio, siempre y cuando justifiquen, es decir, expongan los fundamentos por los cuales deciden modificar su pronunciamiento.

Cabe acotar que de la sentencia analizada en el presente trabajo se aprecia la relevancia de conocer los tipos de precedentes y cómo estos pueden influir en las decisiones judiciales, determinándose que nuestro sistema jurídico prevé los precedentes verticales y horizontales, estos últimos se subdividen en auto-vinculantes y hetero-vinculantes, siendo una necesidad racional y jurídica los auto-vinculantes, teniendo como fundamento la *ratio decidendi* de la decisión judicial, esto es, la parte en la que el Juzgador esgrime las razones por las cuales resolverá el caso en cierto sentido.

Ahora bien, es importante destacar el impacto que dicha decisión ha tenido en la evolución o desarrollo de la categoría del derecho a la igualdad y no discriminación, en aras de salvaguardar y tutelar el derecho a la seguridad jurídica, pues a través de este precedente se instituye y obliga a los Órganos Jurisdiccionales a velar por los ciudadanos, proveyendo un sistema jurídico claro y previsible, observando las similitudes fácticas que se presenten en los casos concretos a fin de ofrecer

un trato igualitario frente a circunstancias similares, en concordancia con el principio universal *stare decisis*.

Así, se impone una barrera a las actuaciones jurisdiccionales, evitando que exista arbitrariedad y exceso de discrecionalidad en sus resoluciones, al tener que observar sus propios criterios pasados, para aplicarlos en casos presentes y futuros, siempre que se encuentren en situaciones jurídicas o fácticas similares.

Finalmente, la Corte Constitucional del Ecuador ha jugado un rol fundamental en la emisión del fallo estudiado, pues a partir de aquello se puede tener una visión más amplia de los precedentes y de la importancia de estos al momento de resolver casos concretos, generando otras vertientes o dimensiones del derecho a la igualdad y no discriminación, influenciado en el derecho a la seguridad jurídica, debido a que toda decisión judicial debe procurar respetar sus criterios previos, salvo que deseen apartarse de los mismos mediante una motivación suficiente y tendientes a la resolución de problemas jurídicos.

Conflicto de Intereses

Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

Referencias

- Aguirre, P. (2019). *El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Fielweb.
- Bazante Pita, V. G. (2015). *El precedente constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, Furlan y familiares Vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2012).
- Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, Norín Catrimán y otros Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de mayo de 2014).
- Corte Constitucional del Ecuador, 001-10-PJO-CC (Corte Constitucional del Ecuador 22 de diciembre de 2010).
- Corte Constitucional del Ecuador, 016-10-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 29 de abril de 2010).
- Corte Constitucional del Ecuador, 012-13-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 11 de diciembre de 2013).
- Corte Constitucional del Ecuador, 010-14-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 15 de enero de 2014).
- Corte Constitucional del Ecuador, 001-15-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 14 de enero de 2015).

- Corte Constitucional del Ecuador, 139-15-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador, 29 de abril de 2015).
- Corte Constitucional del Ecuador, 019-16-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 22 de marzo de 2016).
- Corte Constitucional del Ecuador, 1357-13-EP/20 (Corte Constitucional del Ecuador 8 de enero de 2020).
- Corte Constitucional del Ecuador, 1035-12-EP/20 (Corte Constitucional del Ecuador 22 de enero de 2020).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ramírez Escobar y otros vs Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 9 de marzo de 2018).
- Legarre, S., y Rivera, J. C. (2006). Naturaleza y dimensiones del "stare decisis". *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 109-204.
- Opinión Consultiva OC - 18/03 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de septiembre de 2003).
- Opinión Consultiva OC - 24/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2017).
- Pulido Ortiz, F. (2018). *Jueces y reglas*. La autoridad del precedente judicial. Universidad de La Sabana.
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Tarufo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente*, 86-99.

6

*La igualdad y no discriminación en la protección
de derechos humanos*

*María José Franco Cordova
Khalil Franco Ceratto*

AUTORES

María José Franco Cordova

Universidad Metropolitana, Machala – Ecuador.

Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

Máster Universitario en Derechos Humanos en la Especialidad en Discapacidad.

Correo: mjfrancoc.92@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-4475-4977>

Khalil Franco Ceratto

Universidad Metropolitana, Machala – Ecuador.

Estudiante de octavo semestre de la Carrera de Derecho.

Correo: khalilfrancoceratto2000@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-3761-4914>

La igualdad y no discriminación en la protección de derechos humanos³

Equality and non-discrimination in the human rights protection

Resumen

El objetivo del presente estudio fue analizar las diferentes acepciones de la igualdad y no discriminación tanto en los sistemas de protección de derechos humanos, en la doctrina y en la normativa ecuatoriana, para comprender su importancia como base del desarrollo progresivo de derechos. El tipo de investigación fue descriptiva – comparativa, recurriendo así mismo al método inductivo – deductivo y de análisis – síntesis, para la revisión de la relación entre los estándares internacionales y la incorporación de estos en el derecho interno; el método descriptivo para identificar el alcance de las diferentes acepciones que pueden tener en el derecho los términos igualdad y no discriminación; y, por supuesto, el método de derecho comparado, para el acercamiento a los enunciados descriptivos en los instrumentos internacionales y en la teoría del Neoconstitucionalismo como el actual modelo constitucional aplicado en Ecuador. Se logró identificar que, los

³ Es resultado del Proyecto de Investigación científica titulado: Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, perteneciente a la carrera de Derecho de la Universidad Metropolitana sede Machala.

conceptos de igualdad y no discriminación, sea como principios, valores y derechos, cuenta con sus particularidades de acuerdo al contexto, resultando válido extenderse a los criterios vertidos sobre su interpretación que han hecho las altas cortes, organismo internacionales y doctrinarios. Se concluye que el desarrollo de la igualdad y no discriminación, son parte intrínseca de la garantía de la dignidad humana, pilar de los sistemas de protección de derechos humanos y de las Cartas Fundamentales emanadas bajo modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho neoconstitucionalista, por lo que de acuerdo a los constantes cambios y evolución de las sociedades, exigen de nuevas y más extensivas interpretaciones para el aseguramiento del efectivo goce y ejercicio de los derechos.

Palabras clave: igualdad; no discriminación; derechos humanos; garantismo; Neoconstitucionalismo

Abstract

The objective of this study was to analyze the different meanings of equality and non-discrimination both in human rights protection systems, in Ecuadorian doctrine and regulations, in order to understand its importance as a basis for the progressive development of rights. The type of research was descriptive - comparative, also resorting to the inductive - deductive and analysis - synthesis method, for the review of the

relationship between international standards and their incorporation into domestic law; the descriptive method to identify the scope of the different meanings that the terms equality and non-discrimination may have in law; and, of course, the method of comparative law, for the approach to the descriptive statements in international instruments and in the theory of Neoconstitutionalism as the current constitutional model applied in Ecuador. It was possible to identify that the concepts of equality and non-discrimination, whether as principles, values and rights, have their particularities according to the context, being valid to extend to the criteria expressed on their interpretation that have been made by the high courts, international organizations and doctrinal. It is concluded that the development of equality and non-discrimination are an intrinsic part of the guarantee of human dignity, a pillar of the systems for the protection of human rights and of the Fundamental Charters issued under the model of constitutional and democratic State of neo-constitutionalist Law, for which, according to the constant changes and evolution of societies, require new and more extensive interpretations to ensure the effective enjoyment and exercise of rights.

Key words: equality; without discrimination; human rights; warranty; Neoconstitutionalism

Introducción

Hablar sobre igualdad y no discriminación implica una extensa revisión no solo desde su evolución histórica a través de algunos instrumentos internacionales, la doctrina y las normas, sino también de los criterios emanados por las Altas Cortes, pues su concepto se ha ampliado a la par del desarrollo de las sociedades, obedeciendo a la garantía del respeto de la dignidad intrínseca de los seres humanos y pilar para el efectivo goce y ejercicio de otros derechos.

Por ello, en el presente trabajo se analizan sus distintas acepciones, primero desde la doctrina, después, de manera muy breve, en el Derecho Internacional de los derechos humanos desde 1945 con la Carta de las Naciones Unidas para así abordar luego su desarrollo dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tanto en sus instrumentos como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación a las obligaciones que han adquirido los Estados para garantizar su ejercicio y los criterios a considerar para su interpretación dentro de distintas situaciones jurídicas.

Finalmente, se explicará cómo se encuentra establecida la garantía de la igualdad y no discriminación en el Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia, cerrando con el ejemplo de uno de los más recientes criterios de la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación de la Constitución.

Método

El tipo de investigación fue descriptiva – comparativa, recurriendo así mismo al método deductivo, para la revisión desde lo general a lo particular en la relación entre los estándares internacionales y la incorporación de estos en el derecho interno; el método descriptivo para identificar el alcance de las diferentes acepciones que pueden tener en el derecho los términos igualdad y no discriminación; y, por supuesto, el método de derecho comparado, para el acercamiento entre los instrumentos internacionales, la teoría del Neoconstitucionalismo y el actual modelo constitucional aplicado en Ecuador.

Resultados

Se realizó un estudio comparativo entre la doctrina, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno ecuatoriano sobre el alcance y evolución de la categoría de igualdad y no discriminación a través de un análisis discursivo para realizar una compilación de decisiones con la ayuda de fichas de análisis de documentos para extraer información respecto a doctrina y fichas de análisis de sentencias para revisar la *ratio decidendi* de las Altas Cortes.

Discusión

La igualdad y no discriminación en la doctrina

Dentro de la doctrina se encuentran distinciones más precisas respecto a la igualdad y no discriminación, es así que para Bayefsky (1990) la igualdad y la no discriminación representan la declaración positiva y negativa de un mismo principio, entendiendo que en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, se utiliza la palabra “igualdad” como sinónimo de “no discriminación” y por tanto la igualdad resultaría la acepción positiva de la discriminación y viceversa. Facio (2009) por su parte, reitera la existencia de una estrecha relación entre el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación, expresando que, en el ámbito de los derechos humanos, discriminar consiste en privar de manera activa o pasiva, a una persona o colectividad, del goce de los mismos derechos que otros disfrutan.

Así también para Rodríguez y Fernández (1986) la no discriminación “constituye una manifestación, y posiblemente la más intensa, del principio de igualdad y un instrumento específico para la realización de la igualdad”.

Como se puede comprender de estas acepciones, la igualdad en derechos humanos se puede entender como igualdad formal o igualdad ante la ley, que refiere a la igualdad

en la formulación y aplicación de las leyes, para lo que pueden hacerse distinciones siempre que exista justificación razonable, tendiente a una mayor protección de los derechos; de ella se desprende la igualdad en la ley que sirve de límite al legislador, y la igualdad en la aplicación de la ley, misma que obliga a todos los agentes del Estado a no aplicar las normas de manera distinta ante situaciones similares.

Por otro lado, la igualdad material o real, encaminada al goce efectivo de los derechos de las personas o grupos de personas que, por encontrarse en una particular situación, se permite un tratamiento jurídico distinto, a fin de equilibrar dicha situación con la de los demás. Así mismo, está la igualdad de oportunidades según la cual se deben adoptar medidas destinadas a coadyuvar a un acceso equitativo de oportunidades y reducir con ello las brechas de desigualdad existentes en la sociedad; y la igualdad de resultados que se expresa en igual goce de derechos, siendo esta el fin de la igualdad material.

La igualdad y no discriminación se encuentra entonces como un principio rector en los ordenamientos jurídicos, valor fundamental y regla básica que los Estados deben garantizar, y así también como derecho constitucional subjetivo por el que toda persona debe recibir un igual trato ante la ley y no ser discriminado por situación alguna (Eguiguren, 1997).

Es así que, los derechos humanos incorporados dentro de los sistemas normativos de los Estados a través de sus Constituciones, sirven de guía y límite para el poder público y, en apego al principio de igualdad y no discriminación, los Estados están obligados a crear una estructura de provisión y garantía de derechos para todas las personas.

La igualdad y no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El principio de igualdad y no discriminación es fundamental en el Derecho Internacional de los derechos humanos, los mismos que tienen origen en la dignidad intrínseca de todos los seres humanos, cualidad por la que no requieren del reconocimiento expreso de los Estados para su exigibilidad. Este principio es una de las disposiciones más frecuentes en los instrumentos internacionales de derechos humanos y se expresa como el disfrute de todos los derechos sin ninguna distinción; sin embargo, no en todos ellos se encuentra una definición precisa de estos términos.

Desde la Carta de las Naciones Unidas de 1945, se enuncia como uno de sus propósitos el estimular el respeto de las libertades fundamentales sin distinción por raza, sexo, idioma o

religión y para 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se deja abierta esta proclamación a cualquier otra condición que pueda limitar el goce de los derechos y libertades.

Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) en su artículo 14 señala que el goce de los derechos y libertades contenidas en este debe asegurarse sin distinción alguna y, con el Protocolo N° 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2000), respecto a la cláusula de no discriminación, se enlista en su artículo 1 los mismos motivos por los que se prohíbe discriminar detallados en el artículo 14 antes mencionado (sexo, raza, color, lengua, religión, opinión, origen, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación), con la diferencia que refiere al goce de los derechos reconocidos por la ley, entendiéndose como los derechos que, adicionalmente, los Estados signatarios reconozcan en su legislación interna.

Se señala además en el protocolo que nadie podrá ser discriminado por una autoridad y desde su preámbulo expresa la reiteración de que el principio de no discriminación no es impedimento para que los Estados tomen las medidas necesarias para lograr una igualdad plena y efectiva siempre que estas posean una justificación objetiva y razonable.

En 1966 con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en conjunto con la Declaración Universal, forman la Carta Internacional de Derechos Humanos, se plasma el compromiso de los Estados para garantizar, sin distinción alguna, el goce de los derechos reconocidos en dichos instrumentos.

Más allá de las definiciones sobre un tipo de discriminación específico plasmadas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). El Comité de los Derechos Humanos en la Observación General N° 18 (1989) expresa que la definición del término discriminación de acuerdo al contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere a:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. (p. 2)

Asimismo, el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) considerado como la base sobre la que reposa todo el Sistema Interamericano de Protección Derechos Humanos, contiene la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades contenidas en la Convención a todas las personas bajo sus jurisdicciones sin distinción alguna; su cláusula de no discriminación contenida en el artículo 1.1 enlista como motivos la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y, en su artículo 24, consagra el derecho a una igual protección en la ley.

Alcance del derecho a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la Corte IDH

Una vez expuestas las bases del derecho a la igualdad y no discriminación dentro de algunos Tratados y Convenios a nivel internacional, la presente sección se limitará a revisar y analizar los pronunciamientos que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de sus facultades y competencias establecidas en los artículos 61 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto al alcance de este derecho, en uno de sus primeros pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) estableció que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona (Opinión Consultiva OC-4/84, 1984), por lo que se infiere que el principio de igualdad y no discriminación se relaciona con el valor intrínseco y natural como ser vivo que tienen todos los seres humanos, por lo que cualquier hecho que conlleve a un determinado grupo a obtener un privilegio o un perjuicio en una situación en concreto afectará dicho derecho.

De igual manera, uno de los desarrollos jurisprudenciales más importantes de la Corte IDH respecto al alcance y trascendencia de este principio, es la Opinión Consultiva OC-18/03 (2003) en la cual se le atribuyó la categoría de *jus cogens*, por cuanto sobre “él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”.

En ese sentido, se determina que el respeto a este derecho es un imperativo de todo Estado independientemente de que sea parte o no de un determinado Tratado Internacional y que genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares, ya que recoge los valores y normas esenciales para fortalecer la protección del ser humano en general.

Asimismo, cabe acotar que se le atribuyó esta categoría de *jus cogens* por cuanto pertenece al grupo de derechos naturales propios de la especie humana, los cuales no solo deben ser la base para crear y fortalecer los sistemas de justicia del mundo, sino que deben serlo en cada esfera de la sociedad, por cuanto viabilizan el desarrollo equitativo y eficaz de la forma de vida de las personas.

Diferencia entre los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

En el Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela (2008), la Corte IDH realiza una necesaria diferenciación entre los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), recalcando que:

Si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24. (p.56)

Y añade la Corte en el Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile (2012), respecto al artículo 24 de la CADH, que este “prohíbe la discriminación de derecho o, de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”.

Ampliando las referencias jurisprudenciales respecto a la diferenciación de los artículos 1 y 24 de la Convención, la Corte dentro del caso Norín Catrimán y otros vs Chile (2014) estableció que el artículo 24 de la Convención prohíbe la discriminación tanto de hecho como de derecho y que no se refiere únicamente a los derechos consagrados en dicho Tratado, sino que se extiende al ordenamiento jurídico interno de cada Estado Miembro y a su aplicación, por cuanto protege el derecho a la igualdad ante la ley.

Por lo anterior, se puede inferir que el artículo 1 refiere a la protección en general de los presupuestos establecidos en la Convención, los cuales deben ser cumplidos de manera imperativa por los Estados Partes, mientras que el artículo 24, a través del control de convencionalidad⁴ que deben cumplir de manera positiva los Estados, se traduce en la protección del derecho a la igualdad y no discriminación frente a normas discriminatorias de carácter interno.

⁴ Sobre Control de Convencionalidad véase Valarezo, Saraza y Franco (2020) *“Control de constitucionalidad y su incidencia en el control de convencionalidad en Ecuador y Colombia”*, p. 118. “...conforme fue expuesto en el pronunciamiento de la Corte en el caso Gelman contra Uruguay por supervisión de cumplimiento de sentencia, la concepción del control de convencionalidad tiene íntima relación con el principio de complementariedad, pues se produce un control dinámico y complementario de las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, de manera conjunta entre los órganos internos y las instancias internacionales, de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí... no solamente debe ser realizado por los jueces, sino por toda autoridad pública, especialmente por los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles y de acuerdo a sus competencias y las regulaciones procesales correspondientes...”

Prohibición de los Estados de discriminar en forma directa e indirecta y su relación con la obligación de crear parámetros objetivos y razonables

Previo a profundizar en el objetivo de esta sección, primero es imperioso analizar la obligación de los Estados parte de crear distinciones con base en parámetros objetivos y razonables.

Respecto a estas distinciones, la Corte IDH determinó que no todo trato jurídico diferente se traduce en una discriminación, ya que sí existen desigualdades jurídicas que pueden ser legítimas, sin que las mismas sean contrarias a la justicia, por cuanto estas pueden llegar a ser un medio para proteger a las personas que se encuentran en una determinada situación de debilidad frente al resto. Asimismo, la Corte mencionó que para que dicha distinción sea legítima, debe contar con supuestos de hecho y de derecho que consigan, de manera proporcionada, un equilibrio entre dicha distinción y los objetivos de la norma en concreto, la cual no debe ser contraria a la justicia, la razón o a la naturaleza de las cosas (Opinión Consultiva OC-4/84, 1984).

Fortaleciendo el criterio previamente mencionado, en la Opinión Consultiva OC-18/03, (2003) se determinó que las distinciones basadas en desigualdades de hecho, se encuentran totalmente justificadas, por cuanto las mismas que constituyen

un “instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”.

Respecto a las obligaciones estatales, en el caso *Yatama vs Nicaragua* (2005) se estableció que para que una discriminación por parte del Estado sea justificada debe tener los suficientes fundamentos objetivos y razonables, caso contrario, los Estados deben abstenerse de introducir normas discriminatorias y dictar cualquier tipo de medida con la finalidad de combatir las prácticas discriminatorias y favorecer el ejercicio y goce de la igualdad ante la ley de todas las personas.

Con base en este margen o posibilidad de los Estados de justificar las distinciones de trato, dentro del Sistema Interamericano nació la necesidad de diferenciar y conceptualizar cuando existía una “distinción” o una “discriminación”, por lo que en el caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica* (2012) la Corte IDH determinó que “las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos”.

También, la Corte IDH agregó que cuando la distinción "no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido" nos encontramos frente a una norma arbitraria, que no se adecua a los estándares internacionales y que, por consiguiente, vulnera derechos fundamentales y es contraria a la Convención. (Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. 2014).

En el precedente contenido en el Caso I.V. vs. Bolivia. (2016) la Corte IDH estableció los límites sobre los que debe regirse la discrecionalidad de los Estados al momento emitir normas que contengan una determinada distinción entre personas, mencionando que no deben sustentarse en: "i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados excluidos o subordinados, iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales", por lo que cualquier norma que caiga en dicho yerro, atentará contra el principio de igualdad y no discriminación y como consecuencia derivaría en una responsabilidad internacional del Estado.

Analizando lo anterior, se puede entender que las categorías protegidas dentro del artículo 1.1 de la CADH no constituyen un listado taxativo, ya que debido a la atribución de *jus cogens* del derecho a la igualdad y no discriminación, este

no puede limitarse a la protección de ciertos grupos en específico, por lo que debe resguardarse las categorías que no han sido indicadas de manera expresa y que podrían surgir a partir del avance y el desarrollo de la sociedad y del ser humano como ser vivo.

De igual manera, en el citado precedente la Corte estableció que, para crear distinciones en una norma, se debe contar con un análisis riguroso y una fundamentación acorde a las exigencias de los estándares internacionales, el cual debe ser necesario para cumplir con un fin convencionalmente necesario. Asimismo, en el mismo caso *I.V. vs. Bolivia*. (2016) respecto al examen que deben hacer los Estados, se estableció que:

Para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma. (p. 82)

Por otro lado, respecto a la prohibición de los Estados de discriminar en forma directa e indirecta los derechos de las personas, encontramos que la Corte IDH, dentro de la Opinión Consultiva OC-18/0 (2003) mencionó:

Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales. (p.109)

Es así que, se puede identificar que se está ante una discriminación directa cuando las que personas se hallan en una situación similar, deben recibir un trato similar y no menos favorable por el simple hecho de tener una determinada característica o supuesto protegido, mientras que estamos frente a una discriminación indirecta cuando en determinadas circunstancias, el trato basado en supuestos aparentemente objetivos y razonables, puede suponer una discriminación desfavorable para una persona o grupo de personas en razón de una característica concreta de dicha persona o grupo.

Por lo esgrimido hasta el momento, es posible determinar que existe una relación accesoria entre la prohibición de los Estados de discriminar en forma directa e indirecta y su obligación de crear parámetros objetivos y razonables, con la finalidad de justificar las distinciones que realicen a partir de una determinada norma, ya que sí se pueden crear desigualdades jurídicas que pueden ser convencionales, debido a que estas pueden tener como objetivo la protección de personas pertenecientes a grupos históricamente excluidos, no obstante, dicha obligación, debe estar supedita a que los Estados realicen un ejercicio analítico exhaustivo que motive adecuadamente sus justificativos para crear una distinción a partir de una ley que no genere responsabilidad internacional.

Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los tipos de discriminación

Dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, se han verificado distintos tipos de discriminación; así en el caso *González Lluy vs Ecuador* (2015) se aborda el concepto de discriminación interseccional. El caso versa sobre una niña de 3 años de edad que fue contagiada con Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) al recibir una transfusión de sangre proveniente de un Banco de sangre de la Cruz Roja, en una clínica de salud privada. La Corte IDH determinó la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano por cuanto se constató la discriminación que sufrió la víctima asociada a

factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socio económico, los cuales confluyeron para que su condición fuera de mayor vulnerabilidad.

En el caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua (2018) la Corte IDH basó su análisis en un enfoque interseccional teniendo en cuenta el género y edad de la víctima, resaltando que en todos los procesos en los cuales estén en pugna los derechos de los niños y adolescentes, lo Estados deben tomar en cuenta los obstáculos y barreras de índole jurídico y económico que tienen *per se* los infantes, con la finalidad de brindar garantías especiales e individualizadas a cada caso en concreto.

También, en el caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (2018) se concluyó que existió una discriminación interseccional hacia una de las víctimas por ser madre soltera en condición de pobreza y por su condición de género lesbiana, lo cual facilitó que su trato discriminatorio fuera justificado de manera arbitraria e ilegítima y, por consiguiente, contrario a la Convención.

En ese sentido, cuando se habla de discriminación interseccional, se está ante la unión de diversos factores de vulnerabilidad y de discriminación los cuales complican en gran escala su tratamiento por parte de los Estados, entendiendo que

dichos factores no pueden ser atribuidos a las víctimas, por cuanto los Estados tienen la obligación positiva de velar por el cumplimiento y el respeto de todos los derechos establecidos en la Convención y en la normativa interna de cada país.

Por otro lado, en relación a la discriminación estructural, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil* (2016) se estableció la obligación estatal de adoptar medidas individualizadas a cada caso en particular cuando exista una discriminación estructural. Además, la Corte IDH en el mismo caso concluyó la existencia de una discriminación estructural, ya que la condición de pobreza, analfabetismo y desempleo, facilitaron que los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde fueran reclutados a través de engaños.

Por lo anterior, hablar de una discriminación estructural, refiere a personas que han sido históricamente excluidas, que no han tenido el mismo nivel de desarrollo y que, como consecuencia, se encuentran en desventaja frente a los demás, lo cual las sitúa en una condición de vulnerabilidad, que coadyuva a la transgresión de sus derechos fundamentales.

Sobre la discriminación múltiple, la Corte IDH en el caso *I.V. vs Bolivia* (2016), respecto a la vulneración de derechos de una refugiada, estableció que se había discriminado a la víctima, a partir de múltiples formas como su condición de mujer, pobre, peruana y refugiada. Esta discriminación tiene íntima relación

con la discriminación interseccional por cuanto deben confluír diversos factores que incidan en la vulneración a los derechos establecidos en la Convención, no obstante, la Corte IDH no ha realizado una distinción.

La igualdad y no discriminación en el Ecuador

En el caso ecuatoriano, en la Constitución de 2008 se garantiza el desarrollo progresivo del contenido de los derechos como un principio para su ejercicio, pues pese a su carácter positivo, el artículo 11 permite encontrar en ella la solución a diversas situaciones jurídicas futuras, propias del desarrollo de la sociedad, entendiendo que en materia de derechos se aplicarán las normas e interpretación que más favorezca al efectivo goce de los mismos, incluyendo el contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado ecuatoriano haya ratificado.

El artículo 11 numeral 2 reconoce la igualdad formal, la igualdad material a través de medidas de acción afirmativa que deben adoptarse y, así mismo, la cláusula de no discriminación; por ello, toda política dictada por el Estado, así como las acciones destinadas a su ejecución, deben ser concordantes.

Aunado a lo anterior, el artículo 35 de la Constitución enlista las personas o grupos de atención prioritaria para quienes, tanto en lo público como privado, se ha dispuesto un trato diferenciado a fin de brindar una protección especial, considerando además que existen características o condiciones que se presentan de manera simultánea que ubican a las personas o grupos en una doble vulnerabilidad que puede arraigar o profundizar la desigualdad. Así también, en el artículo 66 numeral 4 se garantiza derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, reforzando la protección de los derechos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales.

La garantía de la igualdad y no discriminación se ve -o debe verse- reflejada entonces en las políticas públicas, consagradas como una garantía constitucional cuya elaboración, en todas sus etapas, requerirá de la participación de las personas y colectivos, así como garantizar el efectivo goce de derechos y el buen vivir. A través del Plan Nacional de Desarrollo se alinean todas las políticas, programas y proyectos; en este se transversalizan las políticas de cinco sectores: género, etnia e interculturalidad, generacional, discapacidad y movilidad humana, cuya ejecución está a cargo de los Consejos Nacionales para la Igualdad especializados en cada uno de estos sectores.

Los conceptos abordados, han sido desarrollados también dentro de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, uno de ellos es la Sentencia No. 11-18-CN/19 en la que se analiza ampliamente el matrimonio igualitario, originada en una consulta de norma solicitada por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, sobre si la aplicación de la Opinión Consultiva No. OC-24/17 emitida por la Corte IDH sería directa e inmediata, tomando en consideración que podría contravenir el contenido del artículo 67 de la Constitución, en el que se señala que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer.

Más allá del análisis sobre el valor jurídico de las opiniones consultivas, la Corte Constitucional al tratar el derecho a la familia y el derecho al matrimonio señaló que la Constitución contiene una concepción de la familia en sus diversas formas, de acuerdo a la cultura y aspiraciones personales, entre ellas, las familias conformadas por personas del mismo sexo; por lo que se observa que el derecho a la familia es un derecho – fin y el derecho al matrimonio, como la unión de hecho o el matrimonio religioso, es un derecho – medio, siendo así que el derecho a la familia se ejerce a través del matrimonio.

Al realizar una interpretación literal y sistemática de la norma consultada, atendiendo al artículo 427 de la Constitución, que señala que la misma no debe analizarse de manera aislada

sino a la que más se apegue a su integralidad aplicando el sentido que más conveniente a la efectiva vigencia de los derechos. En caso de duda, los jueces, sobre la igualdad y no discriminación respecto a parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo, han señalado que en razón del artículo 11, numeral 2, se establecen tres elementos para determinar si un trato es discriminatorio:

(1) La comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; (2) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas; (3) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. (Corte Constitucional, sentencia No. 11-18-CN/19, p. 8)

Si bien el análisis de los magistrados de la Corte Constitucional en dicha sentencia se extiende a muchas otras aristas para concluir que el contenido del artículo 67 de la

Constitución y las normas complementarias, son compatibles con la interpretación que realiza la Corte IDH en la citada opinión consultiva, es el amplio entendimiento de la igualdad y no discriminación como un principio fundamental y transversal a todo el ordenamiento jurídico interno y todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, que permite verificar que el desconocimiento del derecho al matrimonio para parejas del mismo sexo es contrario a los valores de una sociedad democrática y al mismo concepto de igualdad y no discriminación.

Tal como se señaló en párrafos anteriores, estas consideraciones deben aterrizar en la realidad, no solo a través de reformas normativas sino también en la práctica con políticas públicas formuladas de manera participativa y atendiendo a la interpretación integral de las normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Conclusiones

Se han revisado los conceptos y criterios relativos a la igualdad y no discriminación en la doctrina, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en los instrumentos internacionales y en el ordenamiento interno ecuatoriano, destacando su relevancia tanto si es analizado como principio y como derecho, íntimamente ligado al desarrollo progresivo de los derechos

consagrados en la Constitución y a la obligación de los Estados de proveer una estructura de protección y garantía de todos los derechos.

De lo expuesto en el trabajo, la doctrina y la jurisprudencia de las altas Cortes han nutrido el alcance en la interpretación del derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación de acuerdo a la categoría protegida que se analice, entendiendo que ambos términos se utilizan como la versión positiva o negativa del otro y en otros casos, es la no discriminación la forma en que se consolida el derecho a la igualdad, sea en la igualdad en la ley como en la aplicación de la ley, en la igualdad material que exige un tratamiento jurídico distinto en favor de grupos con mayor vulnerabilidad o en la igualdad de oportunidades que busca la reducción de las brechas de desigualdad existentes.

Desde cualquier arista, la igualdad y no discriminación irradian -o deben- todo el ordenamiento jurídico de un Estado, las actuaciones de sus agentes, así como las políticas públicas, con base en la noción de ser esenciales a la dignidad del ser humano resultando en su categoría de *jus cogens*, demandando a los Estados un análisis de las obligaciones convencionales y sus fines, al establecer diferenciaciones que puedan resultar en la vulneración de derechos y por tanto acarrear una responsabilidad estatal.

Cabe destacar el criterio citado de la Corte Constitucional de Ecuador en la Sentencia No. 11-18-CN/19, que reviste la necesidad de analizar la connotación que tiene el ejercicio de más de un derecho, en este caso el derecho a la familia y el derecho al matrimonio, a la luz del principio de igualdad y no discriminación, en apego a la interpretación integral de la Constitución, como de las normas convencionales.

Conflicto de Intereses.

Los autores declaran que no existe conflicto de intereses para la publicación del presente artículo científico.

Referencias

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

Bayefsky, A. (1990). *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Comité de los Derechos Humanos. (1989). *Observación General N° 18*.

Consejo de Europa. (1950). *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Sentencia No. 11-18-CN/19*.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1984). *Opinión Consultiva OC-4/84*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Opinión Consultiva OC-18/03*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Atala Riffo e hijas vs Chile*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs Venezuela*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Yatama vs Nicaragua*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Furlán y Familiares vs Argentina*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs Costa Rica*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Caso Espinoza Gonzáles vs Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Caso González Lluy vs Ecuador*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs Nicaragua*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Caso Ramírez Escobar y otros vs Guatemala*.
- Eguiguren, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Revista Ius Et Veritas*, 15.

- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos humanos*
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1965). *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*.
- Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M. (1986). *Igualdad y discriminación*. Tecnos.

7

*El derecho al trabajo de los extranjeros en
España desde la perspectiva de la igualdad
y no la discriminación*

Irene Rosario Gómez Santos

AUTORES

Irene Rosario Gómez Santos

Licenciada en Derecho

Abogada

Doctora en Derecho por la Universitat Jaume I de Castellón,
España.

Correo: irene.gomez@uji.es

<https://orcid.org/0000-0003-2371-6290>

El derecho al trabajo de los extranjeros en España desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación

The work's right of foreigners in Spain from they perspective of equality and non discrimination

Resumen

El derecho al trabajo en España es, para las personas extranjeras extracomunitarias procedentes de países no europeos como Ecuador, Perú, o Marruecos, un derecho que crea controversia y debate en cuanto a su disfrute como derecho constitucional. Sobre todo, porque es un derecho que tiene que ver con la igualdad y la no discriminación.

Se parte de la hipótesis que mantiene que el derecho al trabajo no está igualmente reconocido para los nacionales en España y los extranjeros provenientes de países extracomunitarios.

El objetivo del presente trabajo es analizar, desde un punto de vista jurídico, el derecho al trabajo de los extranjeros extracomunitarios en España en la búsqueda de conclusiones acerca de su reconocimiento normativo, su contenido y su ejercicio en la práctica; con una perspectiva desde la igualdad y la no discriminación.

Se trata de un estudio cualitativo, de análisis hermenéutico mediante revisión documental, con el fin de dar luces acerca del estatuto jurídico de los extranjeros no comunitarios y su relación con el ámbito laboral en condiciones de igualdad y no discriminación.

Una destacable conclusión a la que se arriba es que el tratamiento político-jurídico de las migraciones oscila entre el control migratorio y la protección de los mercados de trabajo nacionales, donde se procura proteger al trabajador autóctono frente a la inmigración de tipo económico.

Este estudio intenta ser una contribución a la comunidad universitaria y académica y también a la sociedad en general, a quienes les interese profundizar en los temas de igualdad y no discriminación

Palabras clave: constitución, discriminación, igualdad, inmigración, trabajo

Abstract

The right to work in Spain is, for non-EU foreigners from non-European countries such as Ecuador, Peru, or Morocco, a right that creates controversy and debate regarding its enjoyment as a constitutional right. Above all, because it is a right that has to do with equality and non-discrimination.

It is based on the hypothesis that maintains that the right to work is not equally recognized for nationals in Spain and foreigners from non-EU countries.

The objective of this paper is to analyze, from a legal point of view, the right to work of non-EU foreigners in Spain in the search for conclusions about its legal recognition, its content and its exercise in practice; with a perspective from equality and non-discrimination.

It is a qualitative study, of hermeneutical analysis through documentary review, in order to shed light on the legal status of non-EU foreigners and their relationship with the workplace in conditions of equality and non-discrimination.

A remarkable conclusion reached is that the political-legal treatment of migration oscillates between migratory control and the protection of national labor markets, where efforts are made to protect the native worker against economic immigration.

This study tries to be a contribution to the university and academic community and also to society in general, who are interested in delving into the issues of equality and non-discrimination. where it is sought to protect the worker

Keywords: discrimination, constitution, equality, immigration, work.

Introducción

El derecho al trabajo, manifestación de la libertad del hombre y fundamentado en la propia dignidad humana, es un derecho que está mediatizado por las circunstancias socioeconómicas del momento y del país de que se trate. Visto que la Constitución Española define el Estado español como Estado social y democrático de derecho; y la expresión “Estado social” se halla íntimamente relacionada a la de los llamados derechos sociales, podríamos se podría entender que este Estado social protege los derechos sociales de sus ciudadanos, entre ellos el derecho al trabajo.

La realidad laboral de la inmigración en España se podría decir que está consolidada, ya que existen más de 20 millones de ocupados, de los cuales más de dos millones son extranjeros⁵. En los últimos 30 años, los procesos migratorios han experimentado importantes transformaciones, dando vida a nuevas realidades que obligan a los investigadores a analizar y elaborar una nueva visión del mundo. El flujo constante de personas, que se mueven en busca de mejores oportunidades para ellas mismas y para los suyos o mejores circunstancias para el desarrollo de su proyecto vital, es imparable debido a la

⁵ Encuesta de población activa (EPA) del Instituto Nacional de Estadística de España. Último trimestre de 2021. Total: 20.184.900 de los cuales 2.387.900 son extranjeros.

situación de crisis mundial económica, financiera y social que existe en el siglo xxi. También debido a las crisis climática y ambiental que asola el planeta.

En estos tiempos de crisis globalizada donde los movimientos migratorios siguen recorriendo toda Europa en búsqueda de algo que todo ser humano por ser tal anhela, es necesario detenerse a reflexionar acerca de la realidad: estos flujos de emigrantes contienen no sólo mano de obra, sino personas, a decir de Max Frisch: “Buscábamos mano de obra y nos llegaron personas”. Flujos de personas que desean entrar, circular, trabajar, a fin de cuentas, que desean instalarse y vivir en Europa. El extraordinario “boom” del sector de la construcción a inicios de del siglo XXI fue el desencadenante de la llegada de personas extracomunitarias que buscaban trabajo y que a su vez tenían el anhelo de vivir con su familia, con su grupo.

La numerosa presencia en España de nacionales de terceros países genera situaciones y realidades diversas que necesitan una respuesta inmediata y adecuada de los poderes públicos, a fin de lograr que estas personas cuenten con los básicos derechos inherentes a todo ser humano y lograr que se integren en la sociedad receptora a través del principal instrumento de integración como es el trabajo. Un derecho al trabajo como vía de incorporación a la sociedad receptora española.

Los derechos humanos de los extranjeros, que incluyen el derecho constitucional al trabajo, no son iguales para todas las personas. Existe una diferenciación en el disfrute de este derecho, en tanto El Tribunal Constitucional lo incluye entre aquellos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes (artículo 13 CE). (Constitución Española de 1978) Es más, este mismo derecho tampoco es igual entre los mismos extranjeros, dándose una manifiesta diferencia en el acceso al disfrute del derecho al trabajo entre un extranjero de un tercer Estado y un extranjero comunitario.

Tiempos de crisis económica, financiera y social, que algunos estudiosos consideran que en 2008 en España con el estallido de la burbuja financiera, tiempos difíciles para las personas trabajadoras, escenario en el que se ha encontrado un argumento para recortar derechos y libertades; y para pedir a la ciudadanía sacrificios y aguante, traducidos en recortes en derechos para los trabajadores extracomunitarios en España, con la característica inhumana, antidemocrática y contraria a los derechos humanos de dar prioridad a los nacionales sobre los extranjeros. Cuando ya se pensaba en una salida de la crisis en la segunda década del presente siglo asoló al mundo una pandemia sanitaria que, con sus consecuencias económicas y

sociales muy graves, ha vuelto a poner en situación de pobreza a millones de hogares y ha puesto en evidencia que ningún gobierno estaba preparado para esto.

Teniendo en cuenta el principio de igualdad y no discriminación en relación con el reconocimiento y ejercicio del derecho al trabajo, surge una situación que plantea un tema muy interesante si se analiza el trabajo de los extranjeros con una perspectiva desde la dignidad de las, aspecto al que se hará referencia brevemente en análisis.

El Derecho al Trabajo en la Normativa Internacional y Europea

La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Naciones Unidas nació con el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben hacer el esfuerzo para que los seres humanos gocen de los derechos civiles políticos, económicos, sociales y culturales básicos. (Mendoza y Serrano, 2012, p.15). El derecho al trabajo está reconocido en la citada declaración junto a la libre elección de trabajo y a su desarrollo en condiciones equitativas y satisfactorias, protección contra el desempleo, el derecho a no ser discriminado salarialmente por

trabajos de igual valor o derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure al trabajador y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana. , según el Artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A la Declaración Universal le siguieron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales acuerdos en los que se han desarrollado la mayoría de los derechos consagrados en la Declaración Universal y que fueron adoptados por el Estado español el 16 de diciembre de 1966 y entraron en vigor en 1976.

En lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en su artículo 6 el derecho al trabajo, importante derecho socioeconómico, junto con el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias en su artículo 7. En lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 6 reconoce el derecho al trabajo, importante derecho socioeconómico, y el artículo 7 reconoce el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

A nivel de la Unión Europea existe un conjunto de normas con incidencia sobre el derecho al trabajo, que comprende sucesivos tratados que se han ido aprobando, otros complementando y reemplazando los anteriores; además de

convenios y cartas que protegen el derecho al trabajo de trabajadores, específicamente ciudadanos europeos, dentro de los cuales se incluyen a los trabajadores provenientes de terceros países que han obtenido la nacionalidad española, dejando de lado a los trabajadores extranjeros que no tienen dicha nacionalidad.⁶

El Consejo de Europa, constituido por el Tratado de Londres de 1949, también ha llevado a cabo una importante acción normativa en materia laboral manifestada a través de dos principales convenios internacionales.⁷

El Derecho Al Trabajo En La Normativa Española

En cuanto a la normativa española, este apartado hace referencia a la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), el Estatuto de los Trabajadores (ET) y la Ley de Extranjería y su respectivo Reglamento.

⁶ Unión Europea: Tratado de Roma, Tratado de Ámsterdam, Tratado de Niza, Tratado de Lisboa, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁷ Consejo de Europa: Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y Carta Social Europea.

La Constitución Española de 1978

Actualmente, la constitucionalización de los derechos sociales y económicos, los laborales entre ellos, es una realidad presente y generalizada a la que ha contribuido la aprobación de importantes textos supranacionales. A decir de Peces-Barba Martínez, siguiendo a Mirkiné Guetzevitch, el nuevo Derecho Constitucional centra la atención en el deber del Estado hacia los ciudadanos y abre el camino a los derechos sociales. Para el Estado moderno no debe ser suficiente con el reconocimiento de la independencia jurídica del individuo, debe crear al menos condiciones jurídicas que aseguren la independencia social del individuo. (Peces-Barba, 2009, p.29).

La Constitución Española diseña un modelo democrático de relaciones laborales, articulado sobre el reconocimiento de la libertad sindical y del derecho al trabajo. Cabe decir que existen unos derechos constitucionales laborales colectivos donde se incluyen el derecho de libertad sindical, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y los derechos de negociación y de participación; y otros derechos constitucionales laborales individuales donde se incluyen diversos derechos, como el que es objeto de este estudio, el derecho al trabajo.

El derecho al trabajo, manifestación de la libertad del hombre y fundamentado en la propia dignidad humana, es un derecho que está mediatizado por las circunstancias socioeconómicas del momento y del país de que se trate.

Visto que la Constitución Española contiene los suficientes elementos para determinar los perfiles ideológicos o la definición del nuevo Estado español como Estado social y democrático de derecho; y la expresión “Estado social” se halla íntimamente relacionada a la de los llamados derechos sociales, se podría decir que este Estado social defiende los derechos sociales de sus ciudadanos. (Sánchez, 1994 p.49).

Por otra parte, este reconocimiento de que el Estado se obliga a garantizar a sus ciudadanos la prestación de unos servicios, como vivienda o trabajo, por mencionar dos, es decir, el ejercicio real de unos derechos económicos y sociales, sólo llega con la Constitución de Weimar de 1919, que junto con la Constitución de México promulgada en la misma década dieron origen al constitucionalismo social, que estableció el Estado de bienestar y reconoció los derechos de los trabajadores.

Artículo 35 CE: Derecho al trabajo

El derecho al trabajo, constitucionalizado en el artículo 35.1. CE, es una de las bases sobre las que se asienta jurídicamente el modelo laboral de la Constitución Española. Dicho modelo comprende otras tantas disposiciones

constitucionales de carácter fundamental como son, entre otras, el reconocimiento del papel de los sindicatos (artículo 7 CE), el reconocimiento del derecho de huelga (artículo 28 CE), el reconocimiento de la negociación colectiva y los conflictos colectivos (artículo 37 CE) y la formación profesional y la seguridad e higiene en el trabajo, así como el descanso necesario y vacaciones retribuidas (artículo 40.2 CE). Todos ellos constituyen una sistemática que conforma la estructura de las relaciones laborales desde el punto de vista constitucional; los primeros como derechos fundamentales (artículos 15 al 30 CE); y los últimos como principios rectores.

Por otra parte, el derecho al trabajo es uno de los derechos sociales, estrictamente considerados en la Constitución Española, que además contempla el derecho al establecimiento de una relación de trabajo en unas condiciones dignas, que incluya la protección del trabajador y su familia, tanto de tipo económico como social.

Para la protección del derecho al trabajo se constitucionalizan otros cuatro: (Blanco, 2003, p. 290)

a) el derecho a sindicarse libremente (artículo 28.1 CE), esta libertad comprende tanto el derecho a formar sindicatos y el de afiliarse al que uno elija; b) el derecho a huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses (artículo 28.2 CE), aquí la norma constitucional prevé que la ley regule su ejercicio, establecerá las garantías precisas para asegurar el

mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad; c) el derecho a la negociación colectiva laboral (artículo 37.1 CE) entre los representantes de los trabajadores y empresarios, que lleva aparejada la constitucionalización de la fuerza vinculante de los convenios entre ellos; y el d) derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (artículo 37.2 CE).

Profundizando en el artículo 35 CE, por un lado, reconoce el derecho al trabajo que es el principal de los derechos constitucionales del ámbito laboral (aunque su contenido y su perfil doctrinal parezcan menos nítidos); garantiza la libre elección de profesión u oficio, cuyo objeto en parte excede del ámbito laboral propiamente dicho. (Satústregui, 2010, p. 430).

Se dice que el artículo 35 CE es complejo ya que contiene mandatos de contenido sustantivo frente a otros meramente formales. (Sagardoy y Sagardoy, 1996, p. 575).

Los mandatos precisos del apartado 1 del artículo en mención son: el deber de trabajar y el derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo, la remuneración suficiente, la no discriminación por razón de sexo.

Como derechos individuales de los trabajadores, expresivos de condiciones mínimas de trabajo:

- El derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), remunerado y con los beneficios correspondientes de la seguridad social; que incluyen a condenados a penas de prisión que estuvieren cumpliendo las mismas. (artículo 25 CE).
- El derecho a la libre elección de profesión u oficio (artículo 35.1 CE) que, para hacerse efectivo, dependerá de un contexto económico y social adecuado, a cuyo efecto los poderes públicos deberán adoptar medidas tendentes a favorecer la creación de empleo (artículo 40.1 CE).
- El derecho a la promoción a través del trabajo (artículo 35.1 CE).
- El derecho a un salario suficiente y a la igualdad salarial entre hombres y mujeres; “*remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*”. (artículo 35.1 CE).

Como mandato formal, está el del apartado 2 del mencionado artículo: “*La ley regulará un Estatuto de los trabajadores.*”, disposición que se analizará más adelante.

El derecho al trabajo y la política de pleno empleo están íntimamente relacionados, en tanto la Constitución española muestra una doble formulación positiva: 1.- El principio rector de la política social y económica de realización por los poderes públicos de una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1 CE) y; 2.- El derecho al trabajo (artículo 35.1 CE).

El derecho al trabajo y su relación con el artículo 10 CE

En referencia al artículo 10 CE, se puede decir que está en íntima conexión con el artículo 35 CE, conexión que se vislumbra con la afirmación contenida en su apartado primero, de que *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes,... y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”*. Idea importante en cuanto a la definición de la naturaleza constitucional de los derechos, por el Tribunal Constitucional, que destaca *“que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de este”*, según la STC 53/1985, de 11 de abril, fj 3.

También, al establecer esta conexión entre el derecho al trabajo y la dignidad personal, la Constitución española es coherente con los convenios y declaraciones de tipo

internacional que atañen a los derechos laborales. Fundamentalmente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ratificados por España el 13 de abril de 1977) y la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (ratificada por España el 29 de abril de 1980).

A decir de Robles, cuando se hace la designación de derechos humanos o derechos morales se hace referencia a una ideología pre-jurídica, que más adelante podría adquirir positividad en un ordenamiento determinado. (Robles, 2016, p. 37.)

En esta línea, el artículo 10 CE contiene, en su segundo apartado, una previsión sobre la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que deberá realizarse “*de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. Ciertamente, la incorporación de la jurisprudencia europea internacional en la doctrina del Tribunal Constitucional es constante y son muchas las sentencias que así lo prueban, entre otras, la sentencia 38/1981, respecto de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificados por

España, o la sentencia 72/1982, en relación con la Declaración de Derechos Humanos de la ONU. En referencia a esta última sentencia, el Tribunal Constitucional constataba que la Constitución se insertaba en un contexto internacional en materia de derechos y libertades “por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el artículo 10”. Aquí el Tribunal Constitucional subrayaba inmediatamente un principio de extraordinaria trascendencia: el de que los criterios interpretativos en materia de derechos que se derivan de todos esos instrumentos no afectaban “sólo a las normas contenidas en la Constitución”, sino también a “todas las del ordenamiento relativas a los derechos y libertades públicas que reconoce la norma fundamental”, según la STC 72/1982, de 2 de diciembre.

El derecho al trabajo y su relación con el artículo 28 CE

El derecho al trabajo guarda relación directa con otros derechos colectivos como son la libertad sindical o el derecho a la huelga, que están íntimamente ligados a los trabajadores, ya sean españoles o extranjeros, tengan una relación laboral o sean funcionarios públicos, sin perjuicio de ciertas peculiaridades en el ejercicio del derecho a la sindicación de estos últimos. (Satústregui, 2010, p. 352).

- Derecho de libertad sindical (artículo 28.1 CE), que comprende el derecho de los trabajadores “a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección”.
- Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores, muy relacionado con el derecho de trabajo, entendiéndose por huelga la cesación del trabajo por parte de los trabajadores como instrumento de defensa de sus propios intereses; y también como un derecho de los trabajadores frente al empresario, que no puede sancionarles por participar en ella.

El derecho al trabajo y su relación con el artículo 37 CE

Por la ubicación del derecho al trabajo en la Constitución este no se trata de un derecho fundamental, no obstante, el Tribunal Constitucional ha declarado en repetidas ocasiones que la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, que sí es un derecho fundamental, según la STC 103/2004, de 2 de junio, fj 3. El derecho reconocido es a la negociación colectiva laboral, entre los representantes de los trabajadores y empresarios. No se refiere a la eventual negociación entre los poderes públicos y los sindicatos y/o asociaciones patronales en un marco de concertación social. (Ramírez, 2010, p. 186).

- El derecho de negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios que la ley deberá garantizar, tanto, así como la fuerza vinculante de los convenios (artículo 37.1 CE).
- El derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, tanto de los trabajadores como de los empresarios, asegurando el funcionamiento de los servicios esenciales a la comunidad (artículo 37.2 CE).

El derecho al trabajo y su relación con el artículo 40 CE

La Constitución Española recoge un conjunto de derechos sociales, que están directamente vinculados con la definición de la forma de Estado social (artículo 1.1 CE). Se trata de derechos que pueden interpretarse como derechos de prestación, traducidos en un dar o hacer estatal; y están enumerados en el Capítulo III del Título II de la Constitución Española, exceptuando el derecho al trabajo, que no es un derecho social típico al no tener el carácter de un derecho de prestación. (Satústregui, 2010, p. 383). Como derechos individuales de los trabajadores que expresan condiciones mínimas de trabajo, se podría mencionar:

- El derecho a la formación y readaptación profesionales (artículo 40.2 CE).
- El derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2 CE).
- El derecho al descanso necesario (artículo 40.2 CE).

Como derechos de protección social de los trabajadores, considerados principios de política social y económica, destaca la exigencia de que los poderes públicos garanticen tanto la formación profesional, la seguridad social, así como el seguro de desempleo, entre otros:

- El derecho a una “*política orientada al pleno empleo*”, por parte de los poderes públicos, encargados de promover las condiciones favorables para lograr el progreso social y económico (artículo 40.1 CE).
- El derecho a la seguridad social, como régimen público que “*garantice asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*” (artículo 41 CE).
- Los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero (artículo 42 CE).

Es factible considerar los anteriormente citados como principios rectores de la política económica y social, principios que han de inspirar la política económica y social del Estado, primero, pero también de las Comunidades Autónomas, las Provincias y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias (artículo 53.3 CE), principios relativos a la protección del trabajador (Sánchez, 1994, p. 296), tales como la garantía del derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios y el reconocimiento del derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo.

El derecho al trabajo de los extranjeros y su relación con el artículo 13 CE

En cuanto a la titularidad de los derechos y de las condiciones en que los extranjeros gozarán de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución Española, el principio general en la materia es que lo harán “*en los términos que establezcan los tratados y la ley*” (artículo 13.1 CE), lo cual significa que para los extranjeros son derechos de configuración legal, implicando esta premisa que aun reconociendo estos derechos a los extranjeros, es la ley la que tiene que establecer sus contenidos y limitaciones. Es decir, la titularidad y ejercicio del derecho al trabajo está supeditada, por la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante,

Ley de Extranjería) a que la persona extranjera esté legalmente en España, es decir, que su situación administrativa sea regular siendo poseedora de un permiso de residencia y trabajo.

Tratándose de derechos de configuración legal pueden establecerse condicionantes al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero respetando los principios constitucionales. Ello supone que el derecho puede limitarse y es lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de ese derecho en función de la nacionalidad o de una situación administrativa regular de las personas introduciendo tratamientos desiguales en lo que se refiere al contenido del derecho. (Martínez Pardo, 2007).

Pese a que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con los derechos de los extranjeros en España han sido numerosos, cabe destacar la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en la que se procede a distinguir las diversas situaciones que afectan a la materia de estudio que es el derecho al trabajo. Primero, dicha sentencia, antes mencionada, en su fj.4, deja sentado que *“el problema de la titularidad y el ejercicio de los derechos y, más concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos depende del derecho afectado”* Luego, el Tribunal Constitucional enumera tres grupos de derechos: los que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual

para ambos; los que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros; y, por último, los que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. (Blanco, 2003, p. 276).

Dentro del primer grupo estarían los derechos fundamentales compartidos por españoles y extranjeros; manifestación de la dignidad de las personas, independientemente de que el extranjero cumpla o no con los requisitos de entrada o permanencia en territorio español; y cuya regulación ha de ser igual para ambos, por ser inherente a su condición de personas. Doctrinalmente, estos derechos han sido denominados “incondicionales” en cuanto son reconocidos a toda persona con independencia de su nacionalidad o de su situación administrativa. (Salinas, 2002, p. 87).

En el segundo grupo se podría enmarcar los derechos exclusivos de los españoles, reconocidos en el artículo 23 CE, o derechos vinculados a la nacionalidad como son el sufragio activo y pasivo o el acceso a cargos públicos⁸.

⁸ Actualmente, en lo que respecta a las elecciones municipales en España, gozan de derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú y la República de Cabo Verde). Asimismo, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española, tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea y reúnan los requisitos para ser elector.

Finalmente, en el tercer grupo, los derechos condicionales en los que se permite la diferencia de trato o se tolera un trato desigual entre españoles y extranjeros, en cuanto a su ejercicio, por tratarse de derechos de configuración legal, entre los que se encuentra el derecho objeto de este estudio, el derecho al trabajo.

Años más tarde, profundizando en esta interpretación constitucional, el Tribunal Constitucional proclamaría dos principios esenciales en relación con los derechos que pertenecerían o no a los extranjeros, según lo dispuesto por los tratados y demás leyes; que son, en primer lugar, el principio de que el legislador puede condicionar su ejercicio, pues “*el artículo 13.1. CE reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros*”; y en segundo lugar, el de que la extensión limitadora de tal condicionamiento está, a su vez, limitada por la Constitución. “*Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales*”. (STC 115/1987, de 7 de julio, fj 3).

En coherencia con estos principios, los derechos de los extranjeros en España están regulados en la Ley de Extranjería y sus sucesivas reformas, que se tratará en otro apartado de este trabajo.

El Estatuto de los Trabajadores

El Estatuto de los Trabajadores⁹ (ET en adelante) conforme a lo dispuesto en el artículo 35.2 CE dicta que “*La Ley regulará un estatuto de los trabajadores*”.

Las materias reguladas en el ET han quedado formalmente reservadas a la ley; dentro de las cuales se encuentran las relaciones colectivas y varios aspectos de las relaciones individuales, como derecho al trabajo o descansos.

Esta norma distingue entre unos derechos básicos del trabajador y unos derechos inherentes a la relación de trabajo; con la diferencia de que, para lograr la efectividad de estos últimos, se impone un mandato al empresario, mandato que se orienta a circunstancias favorables, necesarias para el pleno ejercicio de los derechos de los trabajadores. (Sánchez, 1994, p. 294).

⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, vigente desde el 13 de noviembre de 2015.

En lo que respecta al ámbito de aplicación del ET, será siempre y cuando medie entre ambas partes –trabajador y empresario- un contrato de trabajo, según el artículo 1 que dicta: *“Esta Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”*.

A los trabajadores españoles que presten sus servicios en el extranjero también les será de aplicación la legislación laboral española, *“al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”*. (García, 2005, p. 24).

En cuanto a los derechos laborales de los trabajadores contenidos en el ET, se incluyen el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (artículo 4.1 ET) y el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados, por razones de origen racial o étnico; y al respeto de su intimidad y dignidad, comprendiendo la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico (artículo 4.2 ET).

En lo que respecta a la capacidad de contratar, en el caso de los extranjeros, el artículo 7.c ET, dicta que “*Podrán contratar la prestación de su trabajo: c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia*”. Nuevamente nos encontramos con que el derecho puede limitarse en función de la nacionalidad o de una cuestión meramente administrativa.

Los derechos laborales de los extranjeros trabajadores inmigrantes en el Estatuto de los Trabajadores

El Estatuto de los Trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 35.2 CE establece que “La Ley regulará un estatuto de los trabajadores”. Por tanto, se trata de una norma de aplicación a nacionales y extranjeros, de modo que el trabajador extranjero que se encuentra trabajando legalmente en España goza de los mismos derechos laborales que los nacionales, esto es, está amparado por el ET y por el resto de la normativa laboral en las mismas condiciones. Como veremos, cuando se trate de trabajadores extranjeros que se hallan en una situación administrativa irregular en España igualmente se considera válido el contrato de trabajo en lo que respecta a los derechos laborales como, por ejemplo, en lo que se refiere al derecho a obtener el salario o las prestaciones de la Seguridad Social que le pudieran corresponder.

Sintéticamente, el ET distingue entre unos derechos básicos del trabajador y unos derechos inherentes a la relación de trabajo; con la diferencia de que, para lograr la efectividad de éstos últimos, se impone un mandato al empresario, mandato que se orienta a circunstancias favorables, necesarias para el pleno ejercicio de los derechos de los trabajadores. (Sánchez, 2004, p. 94).

Los derechos laborales que conforman el derecho al trabajo se encuentran básicamente reconocidos en esta norma. Concretamente, en los artículos 4 y 5 ET que integran la sección segunda de la norma bajo el título “Derechos y deberes laborales básicos”. Pero esto formará parte de otro estudio.

La Ley de Extranjería y su Reglamento

La Ley de Extranjería¹⁰, reformada en varias ocasiones en los últimos años¹¹, está desarrollada por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento

¹⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹¹ Las reformas de la Ley de Extranjería 4/2000 son: Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, de reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Ley Orgánica 2/2009, de 11 de enero, de reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, Ley Orgánica 10/2011, de modificación de los artículos 31bis y 59bis, de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

de la Ley de Extranjería, (en adelante RD 557/2011), que entró en vigor el día 30 de junio de 2011.

Marco General

Con la globalización y la tendencia a emigrar generalmente por motivos de trabajo, la sociedad se encuentra ante una situación que se ha convertido en un asunto económico, social y político, clave y muy importante, ya que hay que evaluar la incidencia de esta tendencia y de qué manera influye en la actual situación del mercado de trabajo, tanto a nivel mundial, y en particular en España.

En plena crisis manifestada en España en el año 2008 con el estallido de la burbuja financiera e inmobiliaria, se opta por pedir el sacrificio de “los ciudadanos, y aún más, a quienes no gozan de ese título”. (De Lucas, 2009, p.168). Es en este escenario en que se recortan derechos a los inmigrantes, en este caso en el acceso al trabajo, dando preferencia al nacional. Se trata de una práctica contraria a la democracia y a los derechos humanos, a decir de De Lucas. *“El hecho de que el empleo temporal representara en este período casi un tercio de todo el empleo explica el crecimiento espectacular pero también la masiva destrucción de puestos de trabajo en cuanto la economía entro en ciclo recesivo”*. (León y Subirats, 2015, p. 33). Sectores de trabajo que crecieron de forma galopante,

donde a inicios del siglo XXI había alta presencia de trabajadores inmigrantes, como son el sector de la construcción, agricultura, servicios –turismo y hostelería-, trabajo doméstico y de cuidados de personas mayores, fueron mermando. Puestos de trabajo destruidos y que, paulatinamente, fueron ocupados por trabajadores nacionales.

Es evidente que el tratamiento político-jurídico de las migraciones oscila entre el control migratorio y la protección de los mercados de trabajo nacionales, donde se intenta proteger al trabajador autóctono, puesto que la inmigración que se presenta en España, generalmente en Europa es, en su mayoría, de tipo económico.

Una reacción diferente ha tenido el actual gobierno progresista de coalición en España durante la legislatura iniciada en 2019 ante la crisis económica y social, consecuencia de la pandemia del coronavirus que irrumpió en el mundo entero a inicios del año 2020. Las personas migrantes por vez primera han sido beneficiarias, como cualquier otro trabajador nacional, de las ayudas que decretó el gobierno en dicho momento.

Para los nacionales de terceros Estados, el acceso al mercado de trabajo español se regula a través de la LO 4/2000, puesto que la diferencia de tratamiento entre nacionales comunitarios y extracomunitarios con respecto al derecho al trabajo, se fundamenta en las prescripciones del artículo 13 CE,

según el cual los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución en los términos que establezcan los tratados y la ley.

Aunque normativamente exista esa igualdad, es en la aplicación de esa propia normativa cuando se producen más abusos o se dan más vulneraciones en el ejercicio del derecho al trabajo, a pesar del reconocimiento de inclusión. Un claro ejemplo lo encontramos en el caso de las trabajadoras de hogar, llamado servicio doméstico, sector en el que trabajan en su gran mayoría mujeres extranjeras.

Igualdad y no discriminación en el derecho al trabajo

La igualdad como valor, principio y derecho aparece en la Constitución Española, enfatizándose su importancia de En el artículo 1.1 CE se presenta como un valor junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. En el artículo 9.2 CE, como un principio conforme al cual se han de promover las condiciones, por parte de los poderes públicos, con el fin de que la igualdad sea real y efectiva, en otras palabras, se logre la igualdad material; y en el artículo 14 CE aparece como un derecho, la igualdad ante la ley.

De este modo se entiende que la Constitución española ha hecho una clara apuesta por la igualdad. Pero cuando el mencionado artículo 14 CE proclama el principio de igualdad lo hace refiriéndose de forma exclusiva a los españoles, no existe prescripción alguna que extienda tal igualdad a las personas extranjeras.

La igualdad -no discriminación- se configura, además como un límite de la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de reacción frente a posibles arbitrariedades de los poderes públicos. A decir de García los poderes públicos pueden hacer diferencia entre personas o grupos de personas, siempre que no sea una acción discriminatoria o arbitraria. (García, 2010, p. 154). En otras palabras, cabe tratar desigualmente a algunas personas siempre que este trato esté justificado, de tal modo que no vulnere la igualdad.

El derecho a la igualdad es un derecho a ser tratado igual que los demás o a no ser tratado de forma distinta o discriminatoria frente a quienes están en la misma situación. Una violación del derecho a la igualdad comporta, de forma simultánea, la vulneración de otro derecho, como por ejemplo se viola el derecho a la igualdad al acceso a los cargos públicos, a la libertad de residencia o al derecho al trabajo. (García 2010, p. 156).

Seguendo a De Lucas, los derechos sociales, dentro de los cuales está el derecho al trabajo, son el ámbito de construcción de los verdaderos otros, los inmigrantes. No se puede renunciar a la igualdad en dichos derechos, en tanto es un objetivo irrenunciable a la vez que es condición *sine qua non* de cualquier proyecto de integración. (De Lucas, 2009, p. 194).

En aplicación del artículo 96 CE, los ciudadanos comunitarios quedan equiparados a los nacionales españoles en cuanto a acceder en condiciones de igualdad a un empleo en el mercado de trabajo español. Por el contrario, los ciudadanos extracomunitarios, en aplicación del propio artículo 13 CE que condiciona el disfrute de derechos y libertades a lo establecido en los tratados internacionales y a la ley –la LO 4/2000, en este caso- no pueden acceder en condiciones de igualdad con los españoles al mercado de trabajo nacional. Esto está confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sus sentencias 107/1984, de 23 de noviembre, 99/1985, de 30 de septiembre o 115/1987, de 7 de julio, entre otras.

No obstante, una vez el extranjero accede al mercado laboral y se da por constituida la relación laboral, este está protegido por la ley igual que un trabajador nacional, ya que el artículo 17 del ET sanciona con la nulidad y la pérdida de efectos todos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones

unilaterales del empresario que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas y lengua, dentro del Estado español.

La directiva 2000/43, del Consejo Europeo, de 29 de junio, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, se aplica tanto al empleo en el sector público como en el privado, incluyendo los organismos públicos (artículo 3), aunque no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad, lo que dependerá de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de estos sujetos.

En cuanto a los derechos y libertades de los extranjeros, la LO 4/2000 establece, en su artículo 3.1 que:

1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de

ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles. (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado núm. 10, *de 12 de enero de 2000*. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (boe.es).

Por su parte el segundo apartado del mismo precepto dispone que:

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas. (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado núm. 10, *de 12 de enero de 2000*. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (boe.es)

Profundizando en la regulación de la igualdad y no discriminación en la LO 4/2000, su artículo 23 dictamina que representa discriminación:

Todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

Acto seguido, el mismo artículo hace una enumeración de los actos que considera como discriminatorios contra los extranjeros, como los efectuados por autoridad o funcionario público que realice cualquier acto discriminatorio contra un extranjero, actos que impongan condiciones más gravosas que a los españoles.

En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:....) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

El derecho al trabajo de los extranjeros extracomunitarios

El artículo 10 de la LO 4/2000, en cuanto al derecho al trabajo, establece que los extranjeros residentes que reúnan determinados requisitos previstos en la ley y en las disposiciones que la desarrollen, tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena. De igual manera, tienen derecho a acceder al sistema de la Seguridad Social, conforme a la legislación vigente.

Hace mención, también, a que los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado

Público. Actualmente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En conclusión, el derecho al trabajo de los extranjeros extracomunitarios en España está reconocido en el mencionado artículo 10 de la Ley de Extranjería y supeditado a encontrarse en la situación de residencia temporal, lo cual significa que el extranjero esté autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años y además deberá ser titular de uno de los tipos de autorización que dicta el artículo 45.2 del Reglamento RD 557/2011¹²:

- a) Autorización de residencia temporal no lucrativa.
- b) Autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.
- c) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.
- d) Autorización de residencia temporal y trabajo para investigación.

¹² Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

- e) Autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE.
- f) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.
- g) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia.
- h) Autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.
- i) Autorización de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo.

Se trata de un Reglamento de la Ley de Extranjería, que desde una perspectiva material, responde sobre todo a la voluntad de consolidar un modelo basado en la regularidad y vinculado al mercado de trabajo.

Resultados y Discusiones

Tal como se ha venido tratando durante el desarrollo de esta investigación, el derecho al trabajo de los extranjeros extracomunitarios en España encuentra reconocimiento en el artículo 10 de la Ley de Extranjería y además está supeditado a

que la persona extranjera se encuentre en la situación de residencia temporal. Eso último significa que el extranjero debe estar autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años y además deberá ser titular de uno de los tipos de autorización que dicta el artículo 45.2 del Reglamento RD 557/2011, como hemos mencionado anteriormente.

Por otra parte, queda determinado que los derechos humanos de los extranjeros, que incluyen el derecho constitucional al trabajo, no son iguales para todas las personas. Se ha podido determinar una diferenciación en el disfrute de este derecho, en tanto El Tribunal Constitucional lo incluye entre aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, en este caso la Constitución Española en su artículo 13. Es más, este mismo derecho tampoco es igual entre los mismos extranjeros, dándose una manifiesta diferencia en el acceso al disfrute del derecho al trabajo entre un extranjero de un tercer Estado y un extranjero comunitario.

Además, este derecho constitucional no es igual para todos los trabajadores, en tanto que de la división tripartita que formula la STC 107/1984 se deduce que dentro de los derechos que corresponden por igual a los españoles y extranjeros no se

encuentra el derecho al trabajo, o que en su ejercicio se dan más transgresiones, es decir existe discriminación. El derecho al trabajo es un derecho constitucional no fundamental en España.

Considerando que es la ley la que dispondrá el disfrute del derecho al trabajo a un extranjero, el artículo 36 de la LO 4/2000, desarrollado por los artículos 62 y siguientes del RD 557/2011, determina que los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquiera actividad lucrativa, laboral o profesional en España precisarán de la respectiva autorización administrativa previa para trabajar. La autorización de trabajo se concederá con la de residencia; y su eficacia se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. En los casos en que la persona extranjera se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u

otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad, con la consiguiente inobservancia de la situación nacional de empleo.

En cuanto al desarrollo de actividades lucrativas por cuenta propia, el extranjero deberá acreditar el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad a desarrollar (artículo 37.1 LO 4/2000). La concesión de la autorización inicial de trabajo, coordinada con la que corresponde al Estado en cuanto a la residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas acorde con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos, (artículo 37.3 LO 4/2000).

En el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá presente la situación nacional de empleo, para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo. Tratándose de

trabajadores extranjeros peruanos hay una excepción,, por el convenio suscrito entre ambos gobiernos¹³.

La concesión de la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos, siempre en coordinación con el Estado en materia de autorización de residencia, (artículo 38.8 LO 4/2000).

Se instaura un nuevo régimen, el de los investigadores, que según la dicción del artículo 38bis LO 4/2000, se considera investigador el extranjero cuya permanencia en España tenga como fin principal realizar proyectos de investigación, en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación. El investigador obtendrá una autorización de residencia y trabajo que será renovable si continúa con las condiciones de inicio.

A los trabajadores altamente cualificados (artículo 38ter LO 4/2000) les corresponde una autorización de residencia y trabajo documentada con una tarjeta azul de la UE. Será considerado profesional altamente cualificado los trabajadores que acrediten cualificaciones de enseñanza superior o,

¹³ Firmado en Madrid el 16 de mayo de 1960, publicado en el BOE núm. 94/1960, de 19 de abril, que en su artículo séptimo hace referencia a que los peruanos en España o los españoles en Perú, aun no acogidos a la doble nacionalidad, continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorgue la legislación española.

excepcionalmente, tengan un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente, (artículo 38 ter. 1 LO 4/2000).

El requisito de la autorización para trabajar resulta condición *sine qua non* para acceder al mercado de trabajo nacional, de tal forma que los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, autorización del Ministerio de Trabajo e Inmigración. (Rodríguez y Calvo, 2006, p. 171).

Conclusiones

El tratamiento político-jurídico de las migraciones oscila entre el control migratorio y la protección de los mercados de trabajo nacionales, donde se intenta proteger al trabajador autóctono, puesto que la inmigración que se presenta en España, generalmente en Europa es, en su mayoría, de tipo económico.

El derecho al trabajo, constitucionalizado en el artículo 35.1 CE, es una de las bases sobre las que se asienta jurídicamente el modelo laboral de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional español incluye el derecho al trabajo entre aquellos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes.

El derecho al trabajo es uno de los derechos sociales, estrictamente considerados en la CE, que además contempla el derecho al establecimiento de una relación de trabajo en unas condiciones dignas, que incluya la protección del trabajador y su familia, tanto de tipo económico como social. Al establecer una conexión entre el derecho al trabajo y la dignidad personal, la CE es coherente con los convenios y declaraciones de tipo internacional que atañen a los derechos laborales, fundamentalmente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En cuanto a la titularidad de los derechos y de las condiciones en que los extranjeros gozarán de las libertades públicas que garantiza la CE, el principio general en la materia es que lo harán “*en los términos que establezcan los tratados y la ley*”, según dicta el artículo 13.1 CE, esto es: para los extranjeros son derechos de configuración legal, implicando esta premisa que aun reconociendo estos derechos a los extranjeros, es la ley la que tiene que establecer sus contenidos y limitaciones.

La titularidad y ejercicio del derecho al trabajo para los extranjeros está supeditada, por la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, a que la persona extranjera esté legalmente

en España, es decir, que su situación administrativa sea regular siendo poseedora de un permiso de residencia y trabajo.

Una vez el extranjero accede al mercado laboral está protegido por la ley igual que un trabajador nacional, ya que el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores sanciona con la nulidad y la pérdida de efectos todos los preceptos reglamentarios, convenios y pactos que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas y lengua, dentro del Estado español.

La regulación internacional de la migración por motivos laborales tiene como principal característica la fragmentación. Los estatutos jurídicos de los que gozan los migrantes y sus familiares en función de la situación administrativa en la que se encuentran no coinciden. Existe una protección reforzada, aunque sea mínima, respecto a los trabajadores migrantes que se encuentran en situación administrativa regular en el país de acogida frente a los trabajadores en situación irregular, siendo estos últimos más vulnerables.

Dentro del grupo de personas extranjeras más vulnerables estarían los menores extranjeros que llegan a España solos, es decir sin la compañía de un adulto, y que son tutelados por el Estado mientras son menores de edad. Estas personas que una vez han alcanzado la mayoría edad, o en ocasiones antes, deberían incorporarse al mercado laboral, y en algunas ocasiones llegan a esta etapa de la vida sin tener un permiso de trabajo, pese a haber estado tutelados por el Estado. Es una clara desprotección por parte de la sociedad de acogida que debía corregirse.

Durante la pandemia el gobierno de España ha detectado esta situación y ha modificado la normativa sobre extranjería en el año 2021, específicamente el Reglamento de Extranjería, con el fin de facilitar la concesión de permisos de residencia y trabajo a menores extranjeros no acompañados y migrantes extutelados, favoreciendo de esta manera la integración de estos jóvenes y reducir su vulnerabilidad administrativa y sociolaboral.

Se ve necesario que las instituciones públicas, los gobiernos y la administración pública, en su conjunto, respondan a las reivindicaciones y las demandas de la sociedad y trabajen en política públicas que mejoren y agilicen la tramitación para obtener permisos de residencia y de trabajo que faciliten el acceso a un empleo digno.

Desde la perspectiva laboral, la irregularidad supone la indefensión absoluta frente a la explotación, pero además impide al mercado de trabajo beneficiarse de las capacidades que podrían ofrecer profesionales extranjeros cuya titulación, conocimientos y talento se desperdician. En el momento de redacción de estas conclusiones, en España más de 350 mil ciudadanos españoles habían apoyado formalmente con su firma la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) para la regularización de personas inmigrantes que residen sin papeles.

Referencias

Blanco Valdés, R.L. (2003) *La Constitución de 1978*, Alianza Editorial.

De Lucas, J. (2009) “Los derechos sociales en tiempos difíciles” en *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*. Ed. Zapatero V. y Garrido Gómez, M.I. Universidad de Alcalá.

García Morillo, J. (2010) “La cláusula general de igualdad”, en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, López Guerra (dir.), vol. I, Editorial Tirant lo Blanch.

García Ninet, J. I (2005) *Estatuto de los Trabajadores y Libertad Sindical*, Editorial Aranzadi.

León Borja, M. y Subirats Humet, J. (2015) “Recortes, Retroceso, Re-equilibrios: ¿qué futuros para el estado de bienestar? En *Crisis, derechos sociales e igualdad*. Ed. Nogueria López A. y otros. Tirant lo Blanch.

- Martínez Pardo, V. J. (2007) “Las libertades públicas y los derechos fundamentales de los extranjeros”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 19.
- Mendoza Navas, N. y Serrano García, J.M. (2012) *Derechos y política social*. Editorial Bomarzo, Albacete.
- Peces-Barba Martínez, . (2009) “Los derechos sociales: apuntes políticos y jurídicos” En *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*. Zapatero V. y Garrido Gómez M.A. Editores. Universidad de Alcalá, Madrid.
- Ramírez Martínez, J.M. (2010) *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- Robles Morchón, R. (2016) “Concepto no positivista de los derechos fundamentales, Teoría de los principios, Derechos Fundamentales y Moral. Comentario a la ponencia del Dr. Robert Alexy”, en *Los Principios y la Interpretación Judicial de los Derechos Fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Ed. Elósegui Itxaso, M. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Zaragoza.
- Rodríguez-Piñero Royo, M.C. y Calvo Gallego F.J. (2006) *Lecciones de Derecho del Empleo*, Editorial Tecnos.
- Sagardoy Bengochea, J. A. y Sagardoy De Simón, I. (1996) “Artículo 35: Derechos Laborales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Cortes Generales, Alzaga Villamil (Dir.), Editoriales de Derecho Reunidas*, Madrid.
- Salinas Molina, F. (2002) *El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.

Sánchez Goyanes, E. (1994) *Constitución Española Comentada*, Editorial Paraninfo.

Satústregui, M. (2010) “Derechos de ámbito laboral”, en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, López Guerra (Dir.), vol. I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

Referencias de elementos normativos

Constitución Española (CE) Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Constitución castellano.pdf (boe.es)

Constitución del Imperio Alemán, de 11 de agosto de 1919

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado núm. 10, de 12 de enero de 2000

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Actualmente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, vigente desde el 13 de noviembre de 2015.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, en vigor el día 30 de junio de 2011.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas adoptado por el Estado español el 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, adoptado por el Estado español el 16 de diciembre de 1966.

Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Convenios de la Organización Internacional del Trabajo-OIT.

Directiva 2000/43, del Consejo Europeo, de 29 de junio, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

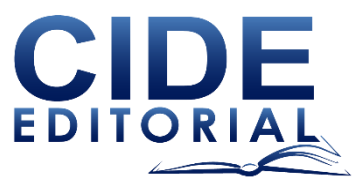
Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980.

Instrumento de Ratificación del Convenio sobre Doble

Nacionalidad entre España y Perú, en Madrid el 16 de mayo de 1960, publicado en el BOE núm. 94/1960, de 19 de abril de 1960.

Referencias de elementos jurisprudenciales

- STC 103/2004, de 2 de junio
- STC 115/1987, de 7 de julio
- STC 99/1985, de 30 de septiembre
- STC 53/1985, de 11 de abril
- STC 107/1984, de 23 de noviembre
- STC 72/1982, de 2 de diciembre
- STC 38/1981, de 23 de noviembre



ISBN: 978-9942-616-13-5



9789942616135